

FORHOLDSMESSIGHETSBEGRENSINGEN I STRAFFEPROSESSLOVEN § 170A OG FORHOLDET TIL EMK ART. 5 NR. 3



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 210

Leveringsfrist: 10.04.2011

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 15.188 ord

10.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1-7</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.1.1	Formålet med straffeprosessloven § 170a	1-2
1.1.2	Kort om begrensningen i straffeprosessloven § 170a	2
1.1.3	Forholdet til EMK art. 5 nr. 3	2
1.1.4	Formålet med EMK art. 5 nr. 3	2-3
1.1.5	Sentrale regler om varetektsfengsling	3
1.1.6	Formålet med regler om vilkår for varetektsfengsling	4
1.1.7	Metode og rettskilder	4-6
1.1.8	Avgrensning	6
1.1.9	Videre fremstilling	7
<u>2</u>	<u>VILKÅRENE FOR VARETEKTSFENGSLING</u>	<u>8-22</u>
2.1	Hovedregelen	8
2.1.1	Generelle vilkår	8
2.1.1.1	Skjellig grunn til mistanke	8-9
2.1.1.2	Høyere straff enn 6 måneders fengsel	10-11
2.1.2	Spesielle vilkår	11
2.1.2.1	Unndragelsesfare	11-13
2.1.2.2	Bevisforspillelsesfare	13-15
2.1.2.3	Gjentakelsesfare	15-16
2.1.2.4	Begjærer seg selv fengslet	17-18
2.2	Rettshåndhevelsesarrest	18-19
2.3	Fengslingssurrogater	19-20
2.4	Restriksjoner	20-22

<u>3</u>	<u>FORHOLDSMESSIGHETSBEGRENSNINGEN</u>	<u>23-39</u>
3.1	Innledning	23
3.1.1	Begrensningen i "tilstrekkelig grunn"	24-25
3.2	"Uforholdsmessig inngrep"	26-38
3.2.1	"Sakens art og forholdene ellers"	26-27
3.2.2	Sakens alvor og mistankens styrke	27-28
3.2.3	Forventet straff	28-30
3.2.4	Siktedes sosiale og personlige forhold	30-38
3.2.4.1	Alder	30-33
3.2.4.2	Siktedes helsesituasjon	33-35
3.2.4.3	Arbeid, utdanning, familiesituasjon og økonomi	35-37
3.2.4.4	Fengslingsforhold	37-38
3.3	Rettens saksbehandlingsregler	39
<u>4</u>	<u>FORHOLDET TIL EMK ART 5 NR. 3</u>	<u>40-49</u>
4.1	Kort om innholdet i EMK art 5 nr. 3	41-42
4.2	Forskjellen mellom EMK art 5 nr. 3 og straffeprosessloven § 170a	42-44
4.3	Rett på hovedforh. innen rimelig tid/ løslatelse under saksforberedelsen	44-50
4.3.1	Varetektidens lengde	45
4.3.1.1	Sakens kompleksitet	46
4.3.1.2	Sakens alvor	46
4.3.1.3	Fortsatt fengslingsgrunnlag og mistankens styrke	46
4.3.1.4	Fremdriften av saken	47
4.3.1.5	Fare for oversoning	47-48
4.3.1.6	Tidsperspektivet i varetektidens lengde	48-49
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>49-50</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51-56</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1. Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Temaet for min oppgave er forholdsmessighetsbegrensningen i straffeprosessloven § 170a. Jeg vil drøfte ulike momenter i denne forholdsmessighetsvurderingen mht. adgangen til å anvende tvangsmiddelet varetektsfengsling. Det fremgår ikke utførlig av straffeprosessloven § 170a hvilke momenter som er relevante å trekke inn i vurderingen. Formålet med oppgaven min er derfor å drøfte disse momentene nærmere. I tillegg vil jeg drøfte betydningen av EMK art. 5 nr. 3 i forhold til straffeprosessloven § 170a. Jeg vil også innledningsvis redegjøre for vilkårene for varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 171, § 172, § 173 annet ledd og § 174, fordi i hvor sterk grad vilkårene er oppfylt har betydning for vurderingen av straffeprosessloven § 170a.

1.1.1 Formålet med straffeprosessloven § 170a

Formålet med straffeprosessloven § 170a er at påtalemyndigheten og retten skal ha en plikt til å foreta en tilleggs vurdering når vilkårene for å anvende tvangsmiddelet er tilstede. Retten skal vurdere om det er grunn til å anvende tvangsmiddelet varetektsfengsling, hvor lenge, og om det etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep å varetektsfengsle siktede i saken etter straffeprosessloven § 170a. Det skal vurderes om det overhodet er nødvendig og hensiktsmessig å anvende tvangsmiddelet, eller om mindre inngripende tiltak er tilstrekkelig for å oppnå formålet med varetektsfengsling. Forholdsmessighetsvurderingen er med på å ivareta siktedes rettssikkerhet. Dette fordi retten i sin vurdering av en eventuell anvendelse av tvangsmiddelet, varetektsfengsling overfor siktede i saken også må vurdere de negative konsekvenser varetektsfengsling medfører for siktede og siktedes familie. Disse negative konsekvensene må veies opp i mot fengslingsgrunnlagets behov, sakens alvor,

mistankens styrke, etterforskningshensyn og behovet for å sikre forfølgning av en straffbar handling.

1.1.2 Kort om begrensningen i straffeprosessloven § 170a

Etter straffeprosessloven § 170a første punktum kan et tvangsmiddel bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Etter straffeprosessloven § 170a annet punktum kan tvangsmiddelet ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep. Både første og annet punktum inneholder med dette en begrensning i adgangen til anvendelse av tvangsmiddelet varetektsfengsling. Forarbeidene til straffeprosessloven § 170a Ot. prp. nr. 53 (1983-84) s. 32 nevner også at straffeprosessloven § 170a inneholder en begrensning i adgangen til å anvende varetektsfengsling.

1.1.3 Forholdet til EMK art. 5 nr. 3

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonens art. 5 nr. 3 omhandler også retten til frihet og sikkerhet. EMK art. 5 nr. 3 gir rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen, noe som indikerer at en vurdering av varetektidens lengde er av særlig betydning for tolkningen av straffeprosessloven § 170a. Varetektidens lengde gjør seg dermed sterkere gjeldende etter EMK art. 5 nr. 3 enn etter straffeprosessloven § 170a. Det følger imidlertid av fast rettspraksis at EMK art. 5 nr. 3, straffeprosessloven § 4 og menneskerettsloven § 2 nr. 1 skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a, og dermed sikre at siktede får rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen.

1.1.4 Formålet med EMK art. 5 nr. 3

Formålet en kan utlede av EMK art. 5 nr. 3 er å forhindre vilkårlig frihetsberøvelse og sikre at varetektsfengsling ikke benyttes i andre tilfeller og med lengre varighet enn nødvendig. Her er det derfor en klar sammenheng med straffeprosessloven § 170a, som

også skal sikre at varetektsfengsling ikke skal benyttes med lengre varighet enn nødvendig.

1.1.5 Sentrale regler for varetektsfengsling

Det er retten som på begjæring fra påtalemyndigheten kan varetektsfengsle mistenkte, jfr. straffeprosessloven § 184 første ledd. Dette såfremt vilkårene for varetektsfengsling er oppfylt under forutsetning av at fengslingssurrogater ikke er anvendelig. Videre må det være grunn til og forholdsmessig å anvende varetektsfengsling, jfr. straffeprosessloven § 184 annet ledd, jfr. straffeprosessloven §§ 171-174, § 170a, § 188, jfr. § 181. Straffeprosessloven § 185 første ledd inneholder tidsfrister for varetektsfengsling, og etter straffeprosessloven § 185 femte ledd er det slik at hvis retten på noe tidspunkt finner at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetektsfengsling ikke er rimelig, så skal retten løslate siktede. Dette må også sees i sammenheng med EMK art. 5 nr. 3 om rett til hovedforhandling innen rimelig og varetektstidens lengde. Regler om forlenget varetektsfengsling er bl.a. regulert i straffeprosessloven § 185 annet ledd. Videre er det slik at den fengslede skal løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen til varetektsfengsling er falt bort eller fengslingsfristen er utløpt. Varetektsfengslingsreglene er derved med på å sikre at rettsikkerheten til siktede blir ivaretatt samtidig som samfunnets rettssikkerhet skal ivaretas.

Retten har imidlertid ingen plikt til å varetektsfengsle mistenkte selv om vilkårene for varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 171, § 172, § 173 annet ledd eller § 174, samt § 170a er oppfylt. Dette kan en utlede av straffeprosessloven § 184 annet ledds ordlyd: ”Fengsling kan besluttes dersom vilkårene etter §§ 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188. Reglene i § 174 gjelder tilsvarende.”

1.1.6 Formålet med regler om vilkår for varetektsfengsling

Et formål med vilkårene for varetektsfengsling i straffeprosessloven § § 171-174, jfr. § 184 annet ledd er å forhindre vilkårlig frihetsberøvelse. Det er domstolen som skal utøve kontroll med at påtalemyndigheten ikke misbruker adgangen til frihetsberøvelse.

Et annet formål med vilkårene for varetektsfengsling er hensynet til etterforskningen. Påtalemyndigheten har behov for å belyse saken best mulig og å avklare om det er grunnlag for tiltale, samt å forberede en eventuell hovedforhandling, jfr. straffeprosessloven § 226. Straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 skal forhindre bevisforspillelse og det er viktig for etterforskningen.

Straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1 skal forhindre unndragelse fra forfølgning eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler.

Straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 skal forhindre at mistenkte på ny skal begå straffbare handlinger, og derved beskytte samfunnet. I straffeprosessloven § 172 er hovedformålet å ivareta hensynet til allmennhetens rettsfølelse og å skape trygghet ved ikke å la mistenkte være på frifot når det er mistanke om grove lovbrudd.

1.1.7 Metode og rettskilder

Jeg anvender den alminnelige juridiske metode for å komme frem til en rettsregel. Når jeg drøfter momenter i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a tar jeg utgangspunkt i ordlyden i straffeprosessloven § 170a og i ordlyden i EMK art. 5 nr. 3. Jeg har også vist til andre bestemmelser i straffeprosessloven og i EMK som er av betydning for tolkningen av forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a. Videre vil jeg i den grad Høyesterett ikke har avklart problemstillinger i forbindelse med tolkningen av straffeprosessloven § 170a anvende forarbeider som Ot.

prp. nr. 53 (1983-84), Ot. prp. nr. 81 (1999-2000) og Ot. prp. nr. 64(1998-1999) i tolkningen av de ulike momentene som skal vurderes i straffeprosessloven § 170a.

For å belyse hvilke momenter som anses relevante ved vurderingene under straffeprosessloven § 170a, anvender jeg bare rettspraksis fra Høyesteretts kjæremålsutvalg og Høyesteretts ankeutvalg og ikke annen norsk rettspraksis. Dette fordi rettspraksis fra Høyesterett kan være rettsskapende og tillegges betydelig større vekt enn avgjørelser fra lagmannsretten og tingretten. Høyesterett kan imidlertid ikke prøve lagmannsrettens skjønn i varetektsfengslingskjennelsene. Høyesterett har kun kompetanse til å prøve om lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil og om det er foretatt en korrekt lovtolkning, jfr. straffeprosessloven § 388 annet ledd nr. 2 og 3.

Hvis lagmannsretten har begått saksbehandlingsfeil eller lovtolkningsfeil i sine varetektsfengslingskjennelser, plikter Høyesteretts ankeutvalg ved en anke over dette, eventuelt å oppheve lagmannsrettens kjennelse, jfr. straffeprosessloven § 385 annet ledd, jfr. § 343 første ledd eller annet ledd nr. 8 og jfr. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1. Straffeprosessloven § 343 er bestemmelsen som regulerer virkningen av feil ved saksbehandlingen. Ved lovanvendelsesfeil kan retten uansett ankegrunn likevel prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt, jfr. straffeprosessloven § 342 annet ledd nr. 1. Slik må det være fordi ankedomstolen ikke kan la feil ved anvendelse av straffelovgivningen passere. Saksbehandlingsfeil får imidlertid bare betydning når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold, jfr. straffeprosessloven § 343 første ledd.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt-1999-2080 at: ” De momenter lagmannsretten nevner, er relevante. Bevisbedømmelsen og den konkrete rettsanvendelse kan utvalget ikke prøve ved videre kjæremål”. Det en kan utlede av denne kjennelsen er at Høyesterett kan bare prøve om lagmannsretten har vurdert de momenter de plikter å ta hensyn til i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a. Høyesterett kan ikke prøve lagmannsrettens skjønn i vurderingen av de ulike momentene og momentenes vektlegging etter straffeprosessloven § 170a når det gjelder om det er tilstrekkelig grunn til å anvende tvangsmiddelet varetektsfengsling overfor siktede i en konkret sak.

Det er imidlertid verdt å merke seg at avgjørelser hvor lovanvendelsen ikke er prøvd, bare kan brukes som eksempler og ikke som begrunnelse for at et tolkningsspørsmål skal løses på en bestemt måte, se Matningsdal, Magnus, *Norsk spesiell strafferett*.¹ Det følger av fast praksis at Høyesterett ikke regner slike avgjørelser som prejudikat, jfr. bl.a. Rt-1983-682 og Rt-1983-868. Dette har jeg vært innforstått med når jeg anvender rettspraksis i mine drøftelser i oppgaven.

Når jeg kommer frem til en rettsregel i mine drøftelser og tolkning av problemstillinger i tilknytning til straffeprosesslovens § 170a og EMK art. 5 nr. 3 sin betydning i vurderingen av straffeprosessloven § 170a, vil jeg vise til Høyesteretts kjennelser på dette området. Dette fordi Høyesteretts kjæremålsutvalg og Høyesteretts ankeutvalg har i sine ankebehandlinger av varetekts kjennelser klarlagt mye om hvilke momenter som alltid må inkluderes i forholdsmessighetsvurderingen av straffeprosessloven § 170a og forholdet til EMK art. 5 nr. 3.

1.1.8 Avgrensning

Jeg avgrenser min oppgave mot vilkår i straffeprosessloven § 171 annet ledd, § 173 annet ledd og § 174 for ikke å gjøre den for omfattende. Der hvor jeg nevner disse bestemmelsene i min oppgave, er det bare for å sette det hele i en sammenheng. Videre avgrenser jeg oppgaven mot forholdsmessighetsvurdering av andre tvangsmidler enn varetektsfengsling. I tillegg avgrenser jeg mot forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a når det gjelder adgangen til å anvende restriksjoner. Når jeg viser til restriksjoner som brev og besøkskontroll i forbindelse med varetektsfengsling pga. bevisforspillelsesfare er det kun for å belyse straffeprosessloven § 170a i en sammenheng.

¹ Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett* (2010 Bergen) s. 13

1.1.9 Videre fremstilling

Jeg vil først i oppgaven redegjøre for vilkårene for varetektsfengsling i straffeprosessloven § § 171-172, fordi vilkårenes innhold er relevant for straffeprosessloven § 170a. I mitt påfølgende kapittel drøfter jeg nærmere faktorene som har innflytelse på om det er tilstrekkelig grunn til å bruke tvangsmiddelet varetektsfengsling, jfr. straffeprosessloven § 170a første punktum. Deretter vil jeg drøfte momentene som skal vurderes i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a annet punktum. Til slutt vil jeg drøfte EMK art. 5 nr. 3 sin betydning for forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a.

2. Vilkårene for varetektsfengsling

2.1 Hovedregelen

Hovedregelen for varetektsfengsling er straffeprosessloven § 171. Straffeprosessloven § 171 første ledd inneholder de generelle vilkår for varetektsfengsling og første ledd nr. 1-4 inneholder de spesielle fengslingsgrunnlag. For at siktede kan fengsles etter hovedregelen må alltid straffeprosessloven § 171 første ledd være oppfylt og minst ett av de spesielle fengslingsgrunnlagene i bestemmelsens første ledd nr. 1-4. Videre må straffeprosessloven § 170a være oppfylt, samt anvendelse av fengslingssurrogater etter straffeprosessloven § 188, jfr. § 181, jfr. § 184 annet ledd må ikke være anvendelig i stedet for varetektsfengsling for å oppnå formålet med varetekten.

2.1.1 Generelle vilkår

Etter straffeprosessloven § 171 første ledd kan den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder, pågripes når minst et av de spesielle vilkårene i nr. 1-4 er oppfylt. Dette gjelder også for varetektsfengsling, jfr. kapittel 14 sin overskrift pågrepelse og fengsling.

2.1.1.1 Skjellig grunn til mistanke

Det fremgår av Rt-1993-1302 at “skjellig grunn til mistanke” skal forstås slik:”...at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handling saken gjelder enn at han ikke har det”. Høyesterett har med dette slått fast et krav til

sannsynlighetsovervekt for at mistenkte har begått en eller flere straffbare handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn 6 måneders fengsel. Dette betyr at det ikke kreves noen sikker overbevisning om skyld. I Rt-2001-977 aksepterer Høyesteretts kjæremålsutvalg at kravet om skjellig grunn til mistanke er oppfylt etter en samlet vurdering uten at det stilles krav om en redegjørelse for hvorledes tvil på de enkelte ledd i bevisvurderingen har påvirket den samlede vurdering.

Det fremkommer av Rt-1996-1034 at ved begjæring om forlenget varetektsfengsling må mistankekravet prøves på nytt hver gang. Det er videre blitt lagt til grunn i Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt-2002-1589 at skjellig grunn til mistanke ikke bare gjelder ved vurderingen av om siktede har utført handlingen, men også omfatter spørsmålet om straffeskyld. Mistanken må derfor gå ut på at en bestemt person har begått en eller flere straffbare handlinger og at mistenkte er straffskyldig.

Det kreves derfor at for å kunne fengsles etter straffeprosesslovens § 171 første ledd må det foreligge sannsynlighetsovervekt for at siktede var strafferettslig tilregnelig i gjerningsøyeblikket. Det fremkommer i Rt-2004-887 at det etter sikker praksis må være mer sannsynlig at vilkårene for straffansvar er oppfylt enn at de ikke er det, for at grunnvilkåret for fengsling, “skjellig grunn til mistanke” i straffeprosessloven § 171 første ledd, kan anses å være oppfylt i et konkret tilfelle. I tillegg fremkommer det av kjennelsen at vilkåret “skjellig grunn til mistanke” gjelder samtlige straffbarhetsvilkår, derunder kravet om strafferettslig tilregnelighet”.

Det fremgår av Rt-2006-582 at mistanken må kunne forankres i objektive, konkrete omstendigheter i saken. Det er gjeldende rett at slike konkrete omstendigheter kan være siktedes egen forklaring, motiv, anledning, vitneutsagn, tekniske bevis etc. Retten må imidlertid vurdere troverdigheten av siktedes, vitners, medskyldige eller fornærmedes forklaringer. Dette innebærer at mistanken må bygge på faktisk konstaterbare forhold og ikke på for eksempel politiets eller påtalemyndighetens subjektive oppfatning. Dermed må både de subjektive og objektive vilkår for straff være oppfylt. Ved iverksettelsen av et tvangsmiddel må det være sannsynlig at alle straffbarhetsbetingelsene er oppfylt.

2.1.1.2 Høyere straff enn 6 måneders fengsel

Etter straffeprosessloven § 171 første ledd kan den som med skjellig grunn mistenkes “for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn i 6 måneder” pågripes, herunder varetektsfengsles. Et straffebud med strafferamme 6 måneders fengsel pluss bot oppfyller også kravet, jfr. Rt-1994-276. Det er gjeldende rett å anta at om det foreligger forsøk, endres ikke forståelsen av strafferammen. Ifølge Bjerke og Keiserud er det adgang til pågrepelse også ved forsøk på overtredelse av handling som kan straffes med fengsel i 6 måneder og bot selv om forsøk straffes mildere enn fullbyrdet overtredelse, jfr. strl. § 51.² Dette til tross for at Andenæs mener det motsatte.³ Selv om kravet til strafferammen på mer enn 6 måneders fengsel er oppfylt, vil straffeprosesslovens § 170a kunne hindre varetektsfengsling hvis det er grunn til å anta at saken vil bli avgjort ved betinget dom.

Videre er det den abstrakte strafferammen i straffebudet og ikke den konkrete, forventede straff for den enkelte siktede som er avgjørende, jfr. Rt-2006-1398. I de tilfeller der den generelle strafferammen blir utvidet når det foreligger skjerpene omstendigheter, jfr. for eksempel etter straffeprosessloven § 232, er den utvidende strafferammen avgjørende mht. strafferammekravet i straffeprosessloven § 171 første ledd. Foreligger vilkårene for straffskjerpelse pga. gjentakelse, jfr. straffeloven § 61, blir den utvidende rammen avgjørende. Foreligger det sammenstøt av forbrytelser i idealkonkurrens eller realkonkurrens, blir den utvidende strafferammen etter straffeprosessloven § 62 det avgjørende mht. strafferammekravet i straffeprosessloven § 171 første ledd, se Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven kommentarutgave*.⁴

Den straffbare handlingen må også kunne medføre straff iht. loven. Ingen kan straffes for handling foretatt før fylte 15 år, jfr. straffeloven § 46. Dette betyr at personer under den kriminelle lavalder på 15 år, ikke kan straffes. Når det gjelder personer som var strafferettslige utilregnelige i gjerningsøyeblikket etter straffeloven § 44 og er mistenkt

² Bjerke, H.C. og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven kommentarutgave*. Bind I. (3. utg. 2001) s. 640

³ Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess samlet utgave ved Tor-Geir Myhrer* (4. utg. 2009) s. 284

⁴ Bjerke, H.C. og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven kommentarutgave*. Bind I (3. utg. 2001) s. 641

for å ha begått en straffbar handling av en alvorlig karakter, kan den mistenkte uansett om straff kan idømmes varetektsfengsles etter straffeprosessloven § 184 annet ledd. Dette såfremt vilkårene i straffeprosessloven § 171 første ledd og minst ett av de spesielle vilkårene i straffeprosessloven § 171 nr. 1-4 er oppfylt. Betingelsen er at det er reist sak om overføring til tvunget psykisk helsevern etter straffeloven § 39 eller tvungen omsorg etter straffeloven § 39a, eller det er sannsynlig at en slik sak vil bli reist. I tillegg må det foreligge tilstrekkelig grunn til å anvende tvangsmiddelet, og det må ikke være et uforholdsmessig inngrep etter straffeprosessloven § 170a å anvende tvangsmiddelet mot den som er strafferettslig utilregnelig.

2.1.2. Spesielle vilkår

Straffeprosessloven § 171 første ledd nr.1-4, jfr. første ledd inneholder de spesielle fengslingsgrunnlag for varetektsfengsling. Således kan retten i sin kjennelse komme frem til at siktede skal varetektsfengsles for eksempel pga. bevisforspillelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 istedenfor unndragelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1. Dette selv om påtalemyndigheten har begjært varetektsfengsling pga. unndragelsesfare. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt-1997-127 at: “Utvalget har i tidligere kjennelser forutsatt at lagmannsretten har adgang til å gå utenfor de fengslingsgrunner som er påberopt.”

2.1.2.1 Unndragelsesfare

Etter straffeprosesslovens § 171 første ledd nr. 1 foreligger det unndragelsesfare når “det er grunn til å frykte at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler”. Høyesteretts kjæremålsutvalg nevner også i Rt-1998-1212 og Rt-2000-1319 at grunn til å frykte unndragelse ikke innebærer at det må være sannsynlighetsovervekt for flukt.

Det er ikke nok med en subjektiv antakelse. Det må foreligge konkrete, objektive holdepunkter i den enkelte sak for å konstatere at unndragelsesfare kan anses som

sannsynlig, jfr. Rt-2001-972 og Rt-2004-1826. Fare for unndragelse fra etterforskning, jfr. Rt-1999-2106, fare for unndragelse fra hovedforhandling, jfr. Rt-2002-46 og Rt-1997-2032 og fare for unndragelse fra straffeforfølgning, jfr. Rt-1998-1292 og Rt-1997-2032 inngår også i unndragelsfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1.

Spørsmålet blir da hvilke krav som skal stilles til sannsynliggjøring av fluktfaren. At siktelsen gjelder et alvorlig forhold som kan medføre streng straff kan gi god nok grunn til å frykte unndragelse, jfr. Rt-1989-374.

Andre eksempler på unndragelsesfare kan være fare for flukt til et annet land. Hvis mistenkte er en utlending, kan dette være relevant fordi sterk tilknytning til andre land kan utgjøre en fluktfare, jfr. Rt-2001-760. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å vise til at personen har tilknytning til et annet land. Dette fordi unndragelsesfaren må være begrunnet konkret, jfr. Rt-1998-1292. Rt-2000-1938 og Rt-2004-88. Videre må graden av tilknytning også til Norge trekkes inn i vurderingen om det foreligger unndragelsesfare. Forhold som siktedes sosiale situasjon, familieforhold og boligforhold er sentrale i vurderingen om det foreligger grunn til å frykte unndragelse fra forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler i tillegg til at siktede har tilknytning til utlandet, jfr. Rt-1998-1292. Andre momenter i vurderingen av graden av tilknytning til Norge er om mistenkte har arbeid og formue i Norge, jfr. Rt-1989-374 og Rt-2000-1938. Statsborgerskap kan også være et relevant moment i vurderingen om det foreligger unndragelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr.1, jfr. Rt-1999-790.

Selv om det er utleveringsavtaler mellom Norge og land som det fryktes at siktede vil reise til, er det ikke til hinder for at det kan foreligge unndragelsesfare etter straffeprosessloven 171 første ledd nr. 1, jfr. Rt-1999-698 og Rt-2002-233.

Hvis mistenkte ikke vites å ha fast bopel i Norge og det er grunn til å frykte for at han ved flukt til utlandet vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler, kan mistenkte varetektsfengsles etter straffeprosessloven § 173 annet ledd. Straffeprosesslovens § 173 annet ledd gjelder dermed kun overfor mistenkte uten fast bopel i Norge, og inneholder ikke et strafferammekrav i motsetning til

straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1. Dermed er “grunn til å frykte” etter straffeprosessloven § 173 annet ledd et snevrere begrep enn “grunn til å frykte” i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1. Straffeprosessloven § 170a må imidlertid være oppfylt i begge tilfellene av fluktfare.

2.1.2.2 Bevisforspillelsesfare

Etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 kan mistenkte varetektsfengsles når “det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f. eks ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige.” Med nærliggende fare for bevisforspillelse etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 menes at det må foreligge en reell mulighet for at siktede kan forspille bevis og en sannsynlighetsovervekt for at siktede vil bruke muligheten dersom han ikke fengsles, jfr. Rt-2006-441 og jfr. Rt-2006-233. Det kreves også at frykten for bevisforspillelse er begrunnet. Hvorvidt slik fare er til stede i det konkrete tilfellet beror på en konkret vurdering ut fra omstendigheter i den enkelte sak, jfr. Rt-1995-160 og Rt-2009-1348.

Eksemplene i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 på forspillelse av bevis er ikke uttømmende. Det at siktede selv kan endre sin forklaring er ikke å anse som bevisforspillelsesfare i lovens forstand etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2. Dette til tross for at siktedes egen forklaring også er bevis i saken. Høyesteretts kjæremålsutvalg har i Rt-1996-1089 og i Rt-2008-378 slått fast at siktedes mulighet til å tilpasse sin forklaring til de øvrige bevisene i saken ikke omfattes av uttrykket “forspille bevis” i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2. Fare for at vitner påvirkes til å endre tidligere forklaringer omfattes imidlertid, jfr. Rt-2000-343. Det må videre fremgå av kjennelsen hvilke forhold bevisforspillelsesfaren gjelder, jfr. Rt-2003-50.

Siktedes manglende samarbeidsvilje overfor politiet kan være et relevant moment i vurderingen om de foreligger bevisforspillelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2, jfr. Rt-1995-729. Videre kan siktedes atferd i forbindelse med tidligere begåtte straffbare forhold også kunne være et relevant moment, jfr. Rt-1996-1316.

Hvis siktede derimot avlegger en tilståelse kan det tale i mot at det foreligger bevisforspillelse etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2. Riktignok må tilståelsen styrkes av bevisene i saken for at det normalt vil være liten fare for bevisforspillelse. Hvis politiet har sikret seg de vesentlige bevis som kan tenkes i saken, er det lite siktede kan gjøre for å forspille bevis, se Bjerke *Tvangs- og rettsmidlene i straffeprosessen*.⁵

Ved bevisforspillelsesfare i forhold til medsiktede, kan siktede også varetektsfengsles med hjemmel i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2, jfr. Rt-1992-1524. Høyesterett har imidlertid slått fast i Rt-1999-2020 at siktelsen ikke behøver å gjelde samme forhold som for de medsiktede, forutsatt at det er snakk om samme sakskompleks. Alminnelige antakelser om at en person vil kunne forspille bevis i forhold til medsiktede er imidlertid ikke tilstrekkelig til å si at det foreligger bevisforspillelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2.

Når det gjelder bevisforspillelsesfare i forhold til medsiktede fremgår det av Rt-2010-502 et krav om at det normalt må fremgå av rettens begrunnelse for varetektsfengsling ved fare for bevisforspillelse hvilke konkrete forhold som tilsier at det er sannsynlighetsovervekt for at den siktede vil benytte en eventuell mulighet til å påvirke vitner og medsiktede slik det fremheves i Rt-2009-1613. Høyesterett argumenterer videre med i Rt-2010-502 ved å vise til Rt-2009-1613, at formålet med et slikt krav om konkretisering er å motvirke at rettens vurdering av bevisforspillelsesfaren blir for generell og hypotetisk. En ubestemt henvisning til at siktede ved løslatelse vil ha anledning til og interesse av å påvirke vitner, er derfor ikke tilstrekkelig.

Videre må straffeprosessloven § 170, jfr. § 184 annet ledd alltid være oppfylt for at retten kan beslutte å varetektsfengsle siktede. I denne vurderingen må retten også når vilkårene for bevisforspillelse er oppfylt etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2, vurdere om fengslingssurrogater er tilstrekkelige og tilgjengelige å anvende i stedet etter straffeprosessloven § 188, § 181.

⁵ Bjerke, Hans Christian. *Tvangs- og rettsmidlene i straffeprosessen* (1981) s. 22.

2.1.2.3 Gjentakelsesfare

For å kunne varetektsfengsles pga. gjentakelsesfare må det etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 “antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”. Med uttrykket “antas påkrevd” menes at det kreves en sterk grad av sannsynlighetsovervekt for at siktede vil begå lovbrudd om han ikke varetektsfengsles, jfr. Rt-1997-98 og Rt-2000-1435.

Kravet til sannsynlighetsovervekt er det samme uansett hvilke handlinger det fryktes for, se Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 30 og s. 164-165. Dertil er det heller ikke et krav at det nye lovbruddet skal være av samme art som den mistenkte er siktet for.

Således kan det være omstendigheter i en sak som tyder på at faren for nye straffbare handlinger er større enn ellers. Hvis for eksempel en pyroman har gjort seg skyldig i en forbrytelse, kan en slik straffbar atferd være en indikasjon på at det foreligger sterk fare at han på ny vil begå slike handlinger. På den annen side, hvis siktede har hatt en avtagende kriminell aktivitet gjennom lengre tid forut for siktelsen, stilles det ytterligere krav til begrunnelse for at det likevel foreligger kvalifisert fare for gjentakelse ved mistanke om at siktede på nytt kommer til å begå straffbare handlinger som kan medføre høyere straff enn 6 måneders fengsel, jfr. Rt-1999-1801 og Rt-2000-1435.

Det kan ofte være sterk gjentakelsesfare hos notorisk kriminelle, og særlig hvis siktede har livnært seg av utbytte av den kriminelle virksomheten. Retten må foreta en skjønnsmessig totalvurdering, hvor også siktetes livssituasjon og kriminalitetshyppighet vil være momenter av betydning, jfr. Rt-1999-473. Det er imidlertid feil lovtolkning av straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3, å si at det foreligger gjentakelsesfare hvis de lovbrudd som antas vil bli begått av siktede uansett vil bli begått etter en eventuell soning, og at det derfor ikke kan varetektsfengsles pga. gjentakelsesfare. En slik argumentasjon overser at det vil kunne være grunnlag for ny pågripelse og fengsling dersom siktede etter en eventuell soning begår nye, alvorlige lovbrudd. Konsekvensen av en slik feilaktig lovtolkning vil kunne medføre at det blir

uforholdsmessig vanskelig å varetektsfengsle aktive, residiverende siktede, jfr. Rt-1998-1068. M.a.o. gjentakelsesfaren etter at dom er falt eller etter at siktede har sonet, skal retten ikke ta stilling til i sin vurdering om en mistenkt kan varetektsfengsles.

Hvis siktede flere ganger relativt nylig er straffedømt, kan det være et moment av flere som taler for at det er sterk gjentakelsesfare. Man kan utlede av Rt-1998-1068 at siktedes kriminelle løpebane er et av flere relevante momenter ved vurderingen om det foreligger sterk grad av gjentakelsesfare. Dersom ovennevnte ikke vurderes, kan det føre til opphevelse av kjennelsen ved en eventuell anke, jfr. § 385, jfr. § 343 ledd nr. 1 og § 343 annet ledd nr. 8.

Det er videre ikke alltid nødvendig å foreta en konkretisering av hvilke type handlinger som fryktes begått på nytt av mistenkte dersom han ikke varetektsfengsles, jfr. Rt-1997-928. I denne kjennelsen uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: “Utvalget kan ikke se at det i dette tilfellet var nødvendig for lagmannsretten å foreta en mer eksplisitt konkretisering av hvilken eller hvilke typer straffbare handlinger gjentakelsesfaren gjaldt. Lagmannsrettens begrunnelse anses også for øvrig tilstrekkelig til at utvalget kan prøve lagmannsrettens lovtolkning.”

Ytterligere bør straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 om gjentakelsesfare imidlertid benyttes med stor varsomhet, og bare for alvorlige, straffbare handlinger og ved omfattende langvarig kriminalitet, se NOU 1980:28 s. 48-49, Ot. prp. nr. 53 (1983-84) s. 28-32 og Inst. O. nr. 72 (1984-85) s. 6-7.

Således, selv om vilkårene for gjentakelsesfare er oppfylt etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 3 må det foreligge en tilstrekkelig grunn til å anvende varetektsfengsling overfor siktede i saken, og det må ikke være et uforholdsmessig inngrep etter sakens art og forholdene ellers etter straffeprosessloven § 170a, jfr. § 184 annet ledd.

2.1.2.4 Begjærer seg selv fengslet

Etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4 kan den som med skjellig grunn mistenkes for en eller flere handlinger som etter loven kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder pågripes når han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende. Med fyldestgjørende kreves det en positiv begjæring fra siktede, se Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess*.⁶ Dette innebærer derfor at kun et samtykke fra siktede i sin egen begjæring om varetektsfengsling, er ikke tilstrekkelig for å varetektsfengsles etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4.

Derimot kan det at siktede er redd for represalier anses som fyldestgjørende grunn. Dersom siktede ber om å bli varetektsfengslet, fordi han ønsker å komme seg bort fra et kriminelt miljø, eller at siktede er redd for at han på ny skal begå straffbare handlinger, anses dette for å være fyldestgjørende grunner. Det er også antatt, og det var intensjonen i straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4 at det bør regnes som en fyldestgjørende grunn at siktede regner med å få en lengre, ubetinget frihetsstraff, og gjerne vil komme i gang med soningen umiddelbart. Siktede får nemlig fradrag for vareteksttiden i en domfellelse, jfr. straffeprosessloven § 60, se Bjerke og Keiserud, *Straffeprosessloven Kommentarutgave*.⁷

Videre må fengslingssurrogater ikke være tilgjengelige å anvende i stedet etter straffeprosessloven § 188, § 181 for at siktede kan varetektsfengsles etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4. Samtidig må det også foreligge en tilstrekkelig grunn til å anvende varetektsfengsling overfor siktede i saken, og det må ikke være et uforholdsmessig inngrep etter sakens art og forholdene ellers etter straffeprosessloven § 170a, jfr. § 184 annet ledd.

⁶ Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess*. (2009) s. 289

⁷ Bjerke, Hans Christian og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven kommentarutgave. Bind I* (2001) s. 644

Likeså kan det etter omstendighetene være at fengsling vil være vel dramatisk, og at andre forholdsregler like godt er egnet til å imøtekomme situasjonens behov. Siktede kan i slike tilfeller i stedet for fengsling for eksempel få politibeskyttelse om han er redd for represalier dersom behovet er kortvarig og situasjonsbestemt.

Det at siktede generelt blir fordømt eller omtalt sterkt nedlatende uten at omtalen inneholder trusler av alvorlig art, er neppe tilstrekkelig for å kunne si at det foreligger fyldestgjørende grunner til at siktede begjærer seg varetektsfengslet. På den annen side, hvis siktede kan forvente alvorlige hevnaksjoner og alvorlig trakassering fra medskyldige, fornærmede, fornærmedes familie eller opinion samtidig som han kan forvente lang, ubetinget fengselsstraff og ønsker å begynne å “sone” for å få fradrag i en straffeutmåling i en eventuelt senere domfellelse, må dette også av reelle årsaker anses som fyldestgjørende grunn etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 4.

2.2 Rettshåndhevelsesarrest

Etter straffeprosessloven § 172 første ledd a) kan den mistenkte pågripes når han er mistenkt for å ha begått en forbrytelse som kan medføre straff med fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på en slik forbrytelse. Det må i tillegg foreligge en tilståelse fra mistenkte eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken. Det er fastslått i Rt-1994-648 at med uttrykket i straffeprosessloven § 172 “tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken” innebærer krav til kvalifisert mistanke og mistankens styrke. Videre gjelder dette kravet også for samtlige straffbarhetsvilkår jfr. Rt-1996-439, Rt-1999-297 og Rt-2004-106.

I tillegg fremgår det av lovens ordlyd at forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelsesfare eller sammenstøt ikke kommer i betraktning. Rettshåndhevelsesarrest kan også anvendes ved forbrytelser mot straffeprosessloven § 228 annet ledd annet straffe alternativ, jfr. § 232, § 229 andre straffe alternativ, jfr. § 232 eller § 229 tredje straffe alternativ.

Det er verdt å merke seg at straffeprosessloven § 172 ble i 1963 således tilføyd i dagjeldende straffeprosesslov, særlig pga. publikums reaksjon på at en siktet i en alvorlig sak var blitt løslatt. Det som da var graverende var at siktede ble løslatt fordi ingen av de spesielle fengslingsgrunner i straffeprosessloven for pågripelse og varetektsfengsling var oppfylt. Kravet om kvalifisert mistanke i straffeprosessloven § 172 innebærer at man kommer svært nær skyldkonstatering. Uskyldspresumsjonen tilsier at kravet til kvalifisert mistanke ikke burde stå så sentralt. Derfor ble det i 2003 foretatt en lovendring der vilkåret om allmennhetens rettsfølelse for bruk av straffeprosessloven § 172. Videre må det foretas en konkret vurdering av behov for og rimelighet av rettshåndhevelsesarrest. Straffeprosessloven § 172 skal ivareta det særlige fengslingsbehov som foreligger ved spesielt graverende forbrytelser, og dessuten hvor det er forhold i saken som i særlig grad styrker mistanken mot siktede, jfr. Rt-1994-1671.

Det stilles imidlertid strenge krav til anvendelse av straffeprosessloven § 172 og det må som sagt foretas en bred helhetsvurdering av om mistenkte kan varetektsfengsles. I helhetsvurderingen inngår også de samfunnsmessige behov og rettshåndhevelseshensyn som begrunnet straffeprosessloven § 172. I begrunnelsen til anvendelse av rettshåndhevelsesarrest må retten således også angi de konkrete omstendigheter av betydning i saken, jfr. Rt-2008-276. Straffeprosesslovens § 172 må ytterligere tolkes i lys av EMK art. 5 nr. 3, og anvendes med stor varsomhet. Behovet for å anvende straffeprosessloven § 172 vil variere ved de ulike lovbrudds kategorier og behovet vil kunne avta når det er gått en viss tid fra lovbruddet, jfr. Rt-2002-842.

Til tross for at varetektsfengsling i medhold av straffeprosessloven § 172 kan virke som en forhåndssoning, er det neppe i seg selv i strid med EMK art. 6 nr. 2 fordi det må antas at fengslingen ikke har forhåndssoning som formål. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-1996-1352 presiserer at kravet om kvalifisert mistanke i straffeprosessloven § 172 ikke innebærer et brudd på uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2.

2.3 Fengslingssurrogater

Etter straffeprosessloven § 184 annet ledd kan fengsling besluttes dersom vilkårene etter § § 171, 172 eller 173 annet ledd er tilstede og formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188. Dette innebærer at hvis fengslingens formål kan oppnås med et mindre inngripende tiltak, skal den siktede ikke varetektsfengsles. Alternativer for pågrepelse som er nevnt i straffeprosessloven § 181 første ledd er ikke uttømmende. De er bare ment som eksempler, men er imidlertid de mest vanlige fengslingssurrogater. Opphold på behandlingsinstitusjoner slik som avrusnings institusjon og plassering på barnevernsinstitusjon eller annen institusjon under strengt oppsyn kan være andre alternative tiltak istedenfor varetektsfengsling. Videre kan flere fengslingssurrogater kombineres slik som meldeplikt og innlevering av pass. Siktede må imidlertid samtykke i anvendelse av alle typer fengslingssurrogater, jfr. Rt-2000-1717.

Fengslingssurrogater kan bare brukes dersom vilkårene for varetektsfengsling er tilstede. Dessuten må det også foreligge tilstrekkelig grunn til å anvende fengslingssurrogater, jfr. straffeprosessloven § 170a første punktum og det må være forholdsmessig etter annet punktum etter sakens art og forholdene ellers. I hvilken grad anvendelse av fengslingssurrogater er tilstrekkelig å anvende istedenfor varetektsfengsling iht. fengslingsgrunnlaget som påberopes, må vurderes konkret, jfr. Rt-2000-1109.

2.5 Restriksjoner

Hovedregelen er at den som er pågrepet eller fengslet har rett på ukontrollert skriftlig og muntlig samkvem med sin offentlige forsvarer, jfr. straffeprosessloven §§ 186 første ledd. Det kan utledes av straffeprosessloven § 186 femte ledd og straffegjennomføringsloven kapittel 4 at siktede i utgangspunktet også skal få motta brev og besøk og ha tilgang til aviser m.m.

Brev og besøkskontroll, eller brev og besøksforbud eller det at den fengslede skal utelukkes fra samvær med bestemte, andre innsatte (delvis isolasjon) er ulike typer

restriksjoner som den siktede kan bli ilagt i forbindelse med varetektsfengsling. Dette i den utstrekning hensynet til etterforskningen i saken tilsier det, jfr. straffeprosessloven § 186 annet ledd. Dessuten kan retten ved kjennelse beslutte at den fengslede skal utelukkes fra felleskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon) når varetektsfengsling er besluttet etter § 184 annet ledd, jfr. § 171 første ledd nr. 2, og det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis hvis han ikke holdes isolert, jfr. straffeprosessloven § 186a første ledd. Dette er et absolutt vilkår som må være oppfylt for at retten kan beslutte fullstendig isolasjon under varetektsfengsling.

Ved brev- og besøkskontroll eller forbud, er det videre et krav til at retten angir på hvilken måte etterforskningen kan bli skadelidende uten disse restriksjoner slik at det som fremgår av straffeprosessloven § 186 tredje ledd er absolutt, jfr. Rt-2009-1613. Etter straffeprosessloven § 186 fjerde ledd gjelder straffeprosessloven § 187a tilsvarende. Dette innebærer at så snart vilkårene for illeggelse av restriksjoner opphører, skal restriksjonene også opphøre.

For at retten skal kunne bestemme ved kjennelse at siktede skal varetektsfengsles med restriksjoner etter både straffeprosessloven § 186 og § 186a, må det alltid foreligge tilstrekkelig grunn til det, og det må være forholdsmessig etter saken art og forholdene ellers i straffeprosessloven § 170a. Dette kravet kan en utlede av straffeprosessloven § 186 tredje ledd, og det må fremgå av kjennelsen at kravene er vurdert. Det nevnes således i Ot. prp. nr. 66 (2001-2002) s. 134 at begrunnelsen for anvendelse av restriksjoner i forbindelse med varetektsfengsling er at hensynet til etterforskningen ikke vil bli tilstrekkelig sikret hvis mistenkte ikke blir ilagt restriksjoner for å forhindre bevisforspillelse.

Ved isolasjon skal tidsfristen være så kort så mulig, jfr. straffeprosessloven § 186a annet ledd. Ved fullstendig isolasjon skal det som tidligere nevnt i tillegg være nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken når varetektsfengsling er besluttet etter straffeprosessloven § 184 annet ledd, jfr. § 171 første ledd nr. 2. Tidsfristen for isolasjon er også gradert etter lovbruddets strafferamme som siktelsen gjelder. Siktede skal ikke holdes isolert i et sammenhengende tidsrom på mer enn 6 uker når siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre straff med fengsel

inntil 6 år, jfr. straffeprosessloven § 186 tredje ledd a. Hvis siktelsen gjelder en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn 6 år fengsel kan siktede holdes fullstendig isolert ikke lenger enn 12 uker i et sammenhengende tidsrom. Det er imidlertid slik at hvis tungtveiende grunner tilsier det, kan siktede holdes isolert også utover 12 uker. Uansett nevner Ot. prp. nr. 66 (2001-2002) s. 135 at fristene i straffeprosessloven § 186 og § 186a er ikke ment å være normalfrister. Isolasjon skal m.a.o. helst benyttes i kortere tidsperioder enn det som det er adgang til etter loven når det først er besluttet av retten på begjæring fra påtalemyndigheten.

I tillegg skal ileggelsen av restriksjoner vurderes fortløpende og restriksjonen skal opphøre så fort vilkårene for ileggelse av restriksjoner er opphørt eller fristen er løpt ut, jfr. straffeprosessloven § 187a, jfr. § 186 fjerde ledd og § 186a fjerde ledd siste punkt.

Av hensyn til at varetektsfengsling av personer under 18 år kan oppleves som ekstra belastende pga. deres unge alder, kan isolasjon av siktede under 18 år bare besluttes hvis det er særlig påkrevd, jfr. straffeprosessloven § 186a annet punktum. “Særlig påkrevd” tilsier at det må foreligge sterke grunner som taler for å anvende isolasjon overfor personer under 18 år. Fengslede under 18 år kan under ingen omstendigheter holdes isolert i et sammenhengende tidsrom mer enn 8 uker, jfr. straffeprosesslovens § 186a siste ledd. I tillegg må det også her foreligge tilstrekkelig grunn til det og være forholdsmessig etter sakens art og forholdene ellers etter straffeprosessloven § 170a.

3 Forholdsmessighetsbegrensningen i tilknytning til varetektsfengsling

3.1 Innledning

Et tvangsmiddel kan brukes bare når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep, jfr. straffeprosessloven § 170a. Dessuten er straffeprosessloven § 170a i straffeprosessloven fjerde del kapittel 13a og fjerde del omhandler både pågrepelse og varetektsfengsling. Dermed gjelder straffeprosessloven § 170a også for tvangsmiddelet varetektsfengsling.

Det er også slik at noen av de samme momentene som inngår i vurderingen i straffeprosessloven § 170a første punktum gjør seg gjeldende også etter straffeprosessloven § 170a annet punktum. Videre må første og annet punktum ses i sammenheng. Således fremgår det av forarbeidene, Ot. prp. nr. 64 (1998-1999) side 146. og straffeprosessloven § 170a første punktum at denne delen av bestemmelsen gir anvisning på en bredere vurdering enn forholdsmessighetsvurderingen i bestemmelsens annet punktum. Dette er også lovbestemmelsens intensjon fordi vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig grunn til, og om det er forholdsmessig etter sakens art og forholdene ellers å anvende tvangsmiddelet går over i hverandre.

3.1.1 Begrensning i "tilstrekkelig grunn"

Med ordene "tilstrekkelig grunn til det" i straffeprosessloven § 170a første punkt er det en begrensning i adgangen til anvendelse av varetektsfengsling. Det står uttrykkelig i straffeprosessloven § 170a om at et tvangsmiddel "kan ikke brukes" dersom det ikke er

tilstrekkelig grunn til det. Det vil si at selv om retten kommer til at vilkårene for varetektsfengsling er tilstede, er det likevel ikke adgang til å anvende fengsling dersom dette ikke nødvendig for å oppnå formålet med varetektsfengsling. Videre er det slik at uttrykket ”et tvangsmiddel kan brukes...” i straffeprosesslovens § 170a innebærer at retten ikke har noen plikt til å beslutte at tvangsmiddelet skal anvendes mot mistenkte, selv om straffeprosesslovens § 170a er oppfylt.

På bakgrunn av kravet om ”tilstrekkelig grunn” må retten vurdere om fengslingssurrogater etter straffeprosessloven § 188, jfr. § 181 kan anvendes i stedet for varetektsfengsling. Om et fengslingssurrogat etter straffeprosessloven § 188 er tilstrekkelig å anvende i stedet for varetektsfengsling beror på om fengslingssurrogatet gir en god nok garanti for at formålet med varetektsfengsling oppnås. Dessuten er det relevant hvilket fengslingsgrunnlag i straffeprosessloven § § 171-174 som kan anvendes. I den forbindelse er det viktig å vurdere sakens alvorlighetsgrad, mistankens styrke og andre omstendigheter i saken. Det følger også av straffeprosessloven § 184 annet ledd første punktum at fengsling bare kan besluttes dersom vilkårene etter § § 171, 172 eller 173 annet ledd er til stede og ”formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188. Ut fra ordene ”formålet ikke kan oppnås ved tiltak etter § 188”, kan en også utlede at retten plikter å foreta en vurdering av om fengslingssurrogater er tilstrekkelig for å oppnå formålet med varetektsfengsling. Dette tydeliggjør at det foreligger en begrensning i adgangen å anvende varetektsfengsling mot siktede.

For å oppnå formålet med varetektsfengsling kan det for eksempel ved unndragelsesfare fra forfølgning eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler, jfr. straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 1 være tilstrekkelig å beslaglegge siktedes pass eventuelt i kombinasjon med andre tiltak. Derneft kan også besøksforbud ved bevisforspillelsesfare etter straffeprosesslovens § 171 første ledd nr. 2 være formål tjenlig å anvende i stedet for varetektsfengsling. Ved gjentakelsesfare etter straffeprosesslovens § 171 første ledd nr. 3 kan plassering av siktede på institusjon i stedet for varetektsfengsling være tilstrekkelig til å forhindre at siktede på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder.

Om et fengslingssurrogat er tilstrekkelig å anvende i en konkret varetektsfengslingssak, vil altså være avhengig av hvilken fengslingsgrunn som foreligger i den konkrete saken. Nærmere bestemt er det relevant om det for eksempel foreligger unndragelsesfare, bevisforspillelsesfare eller gjentakelsesfare etter straffeprosessloven § § 171 nr. 1-3 eller rettshåndhevelsesarrest etter straffeprosessloven § 172. Retten må vurdere om det er grunn til varetektsfengsling ut fra sakens konkrete omstendigheter. I denne vurderingen inngår også siktelsens eller tiltalens alvor. Straffeprosessloven § 172 regulerer varetektsfengsling av alvorlige lovbrudd med en høy strafferamme, samt hensynet til allmennhetens rettsfølelse hvis siktede er på frifot. Dette er relevant i vurderingen om det foreligger tilstrekkelig grunn til å varetektsfengsle siktede etter sakens art og forholde ellers, jfr. HR-2001-1077.

Ved bevisforspillelsesfare etter straffeprosessloven § 171 første ledd nr. 2 vil anvendelse av fengslingssurrogater også ofte ikke være tilstrekkelig. Dette fordi det i praksis er vanskelig å forhindre at siktede vil benytte seg av muligheten til å forspille bevis ved illeggelse av fengslingssurrogater.

Ved vurdering av rettshåndhevelsesvaretektsfengsling etter straffeprosessloven § 172 vil anvendelse av fengslingssurrogater ofte være et lite hensiktsmessig alternativ. Det vil lett kunne stride mot allmennhetens rettsfølelse i slike alvorlige saker om den siktede ikke fengsles.

Det er imidlertid viktig at retten overholder plikten til å vurdere om mindre inngripende tiltak enn varetektsfengsling kan anvendes eller om det idet hele tatt er nødvendig å anvende tiltak mot siktede i saken for å oppnå formålet med varetektsfengsling. Dersom en slik vurdering ikke gjøres er dette en ankegrunn. Etter straffeprosessloven § 184 annet ledd siste punktum skal det fremgå av kjennelsen at fengslingen ikke er uforholdsmessig.

3.2 “Uforholdsmessig inngrep”

3.2.1 “Sakens art og forholdene ellers”

Etter straffeprosessloven § 170a annet punkt kan tvangsmiddelet ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep. Dette innebærer at retten plikter å foreta en vurdering av alle de momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a. Uttrykket “kan ikke brukes” indikerer en klar begrensning i adgangen til anvendelse av tvangsmidler. Denne begrensningen er også nevnt i forarbeidene Ot. prp. nr. 53 (1983-84) s. 32. Forarbeidene fremhever at retten plikter å foreta en konkret vurdering i sine kjennelsesgrunner om formålet med fengslingen kan oppnås med mindre inngripende tvangsmidler.

Retten har videre en plikt til å vurdere de negative konsekvensene av varetektsfengslingen vil få for siktede og hans nærmeste. Samtidig skal retten vurdere fordeler med varetektsfengsling av siktede, bl.a. for påtalemyndighetens etterforskning og for å forhindre gjentakelse av nye straffbare handlinger. Deretter skal det foretas en avveining av de negative og positive konsekvensene. Det retten til slutt kommer til i sin forholdsmessighetsvurdering vil derfor måtte bli resultatet av en skjønnsmessig vurdering av vektleggingen av de ulike momentene i en konkret sak.

Varetektutvalget uttalte i NOU 1980:28 s. 57 at: “Det bør etter utvalgets mening være relevant å ta siktedes helsetilstand, familieforhold og forsørgelsesbyrde i betraktning. Videre må det være riktig å se på om siktede ved fengslingen vil miste sitt arbeide, gå glipp av inntekter, utdanning osv.” Likeledes skal momenter som siktedes alder, arbeidsforhold, siktedes omsorgsrolle og familiens økonomiske situasjon, fengslingsforhold, retten til å forberede sitt forsvar, varetektstidens lengde og momenter i EMK art. 5 nr. 3 også inngå i vurderingen av om varetektsfengsling er forholdsmessig etter sakens art. og forholdene ellers. Retten må vurdere disse momentene opp i mot siktelsens art, sakens alvor og mistankens styrke. I HR-2011-367-U og Rt-2000-1713 er flere av de ovennevnte momenter med i en sammensatt vurdering.

Et spesielt forhold som også må tas med i rettens sammensatte vurdering er når siktede ikke vil bidra til å oppklare sakens fakta. Dette kan tale for at varetektsfengsling ikke er et uforholdsmessig inngrep etter sakens art og forholdene ellers. Det må ses i sammenheng med straffeprosessloven § 93 annet ledd om at nekter siktede å svare, eller forklarer han seg forbeholdent, kan rettens leder gjøre ham oppmerksom på at dette kan bli ansett å tale mot ham. Dette til tross for at det ikke i utgangspunktet kan legges siktede til last at han nekter å forklare seg til politiet eller retten. Siktede har ikke forklaringsplikt til verken retten eller politiet, jfr. straffeprosessloven § 90 og § 232 første ledd. Videre er selvinnskrimineringsprinsippet innfortolket i EMK art. 6 nr. 2. Selvinnskrimineringsforbudet innebærer at ingen plikter å bidra til sin egen domfellelse. Siktede kan heller ikke straffes for falsk forklaring, jfr. straffeloven § 167 første ledd. Det er imidlertid verdt å merke seg at det er straffbart etter straffeloven § 333 å nekte å gi opplysninger til offentlig myndighet om sin identitet. Det eneste siktede etter loven plikter å oppgi er navn, fødselsdato, fødselsår, stilling og bopel.

3.2.2 Sakens alvor og mistankens styrke

Retten skal på eget grunnlag vurdere om sakens alvor tilsier at varetektsfengsling er et uforholdsmessig inngrep. Hvis siktede er mistenkt for å ha begått et alvorlig lovbrudd og mistanken mot siktede er sterk, skal det ofte mye til for at retten anser anvendelse av varetektsfengsling som et uforholdsmessig inngrep overfor siktede i saken. Retten plikter imidlertid ikke bare å vurdere om saken har en høy alvorlighetsgrad, men også de andre momentene om “sakens art og forholdene ellers” i sin forholdsmessighetsvurdering etter straffeprosesslovens § 170a.

EMK art 5 nr. 3 om rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen må i tillegg inkluderes i forholdsmessighetsvurderingen. I Rt-1993-759 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg bl.a. at: “Utvalget er enig med forhørsretten og lagmannsretten i at fortsatt fengsling ikke vil innebære noe brudd på bestemmelsen om "rett til å få sin sak pådømt innen rimelig tid". Ved vurderingen av dette spørsmål er det - etter utvalgets syn - berettiget å ta hensyn til arten og grovheten av den forbrytelse som søkes påtalt.” Videre uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: “De her nevnte momenter må - sammen med bevissituasjonen - tillegges vekt også ved spørsmålet om

rett til "å bli løslatt i påvente av rettergangen". Denne kjennelsen viser at momenter som sakens alvor, den forventede straff og sakens kompleksitet vil kunne ha sterk innvirkning på varetektidens lengde, og at det også her må foretas en samlet vurdering.

Det fremkom i bl.a. Rt-2000-108 at de krav som stilles i EMK også må inkluderes i vurderingen av om det er forholdsmessig å anvende tvangsmidlet varetektsfengsling. Høyesteretts kjæremålsutvalg mente at til tross for at en siktet var blitt underlagt meget langvarig varetektsfengsling, kan rettshåndhevelsesshensyn tilsi at fengslingen ikke var uforholdsmessig og at siktede likevel bør holdes i varetekt enda lenger. Denne kjennelsen viste at sakens alvor og mistankens styrke er et av flere momenter som retten plikter å vurdere mht. om det er et uforholdsmessig inngrep å varetektsfengsle siktede etter sakens art og forholdene ellers. I Rt-1998-474 inngår også mistankens styrke og overtredelsens alvor som viktige momenter i spørsmålet om varetektsfengslingen er et uforholdsmessig inngrep. I denne saken der fengslingsgrunnlaget var bevisforspillelse ble disse momenter også veid opp mot lengden av varetektsoppholdet og hensynet til siktede.

Hvis siktelsen gjelder mer alvorlige forhold som vold vil det lettere kunne anses som forholdsmessig å varetektsfengsle siktede enn ved mindre alvorlige forhold som simpelt tyveri. Arten og omfanget av volden vil naturligvis måtte vurderes i den forbindelse. I NOU 1980:28 s. 57 uttalte varetektutvalget: "I rettens vurdering spiller videre siktelsens art og mistankens styrke en vesentlig rolle. Dersom det gjelder alvorlige lovbrudd eller siktedes skyld er på det rene, skal det mer til å si at inngrepet er uforholdsmessig."

3.2.3 Forventet straff

Retten plikter også i sin forholdsmessighetsvurdering etter straffeprosessloven § 170a annet punktum å vurdere om det er sannsynlig at siktede i en eventuell straffesak vil bli idømt straff. Videre er det også i denne forbindelsen relevant å vurdere lengden på eventuell straff og om siktede vil få betinget eller ubetinget fengselsstraff. Varetektutvalget uttalte i NOU 1980:28 s. 57 at "Inngrepet må betraktes som mindre uforholdsmessig dersom siktede har en lang, ubetinget fengselsstraff i vente".

Hvis det er sannsynlig at siktede vil bli idømt betinget fengselsstraff og dermed slipper å sone i fengsel så lenge han ikke begår noen straffbare handlinger i en prøveperiode, jfr. straffeprosessloven § § 52- 53, kan det være uforholdsmessig å varetektsfengsle siktede og særlig da for en lengre periode. Det samme gjelder om det er sannsynlig at siktede "bare" blir bøtelagt. Dette fordi varetektsfengsling kan medføre "oversoning" som er et av flere relevante momenter som skal vurderes i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosesslovens § 170a.

Spørsmålet om det er et uforholdsmessig inngrep etter sakens art og forholdene ellers å anvende et tvangsmiddel beror på en konkret tolkning av lovbestemmelsen, og det må foretas en sammensatt vurdering, jfr. Rt-1998-474. Mistankens styrke, alvoret ved den overtredelsen som siktelsen gjelder, forventet straff og den konkrete faren for bevisforspillelse må vurderes opp mot hensynet til hvilke konsekvenser varetektsfengsling vil få for siktede, og vurderes mot lengden av varetektsoppholdet. Når det gjelder vurderingen av forholdsmessigheten av varetektsfengslingens lengde skal det blant annet tas hensyn til behovet for en effektiv etterforskning for å kunne foreta en rask vurdering av om det skal tas ut tiltale i saken mot siktede. Dette også for at siktede ikke skal sitte langvarig varetektsfengslet, og at siktedes sak relativt hurtig kan bringes inn for domstolen til en eventuell hovedforhandling. Således må forholdsmessigheten av varetektsfengslingen og varetektsfengslingens lengde vurderes opp i mot sakens kompleksitet, sakens omfang, og siktedes rolle som må avklares under etterforskningen. Imidlertid kan en eventuell "oversoning" vanskelig vurderes fullstendig før en tiltale er tatt ut av påtalemyndigheten.

I Rt-2001-1319 kommer det til uttrykk at fare for oversoning er et sentralt moment ved vurderingen av om varetektsfengsling vil være et uforholdsmessig inngrep. Således må det i forholdsmessighetsvurderingen tas hensyn til reglene om prøveløslatelse, se for eksempel Rt-1995-1786, Rt-1996-461, Rt-1998-63, Rt-1998-1616 og Rt-2000-705. Det er riktig lovtolkning at selv om varetektstiden kan overstige lengden på forventet straff, er dette ikke nødvendigvis til hinder for bruk av varetektsfengsel. Dette innebærer at selv om det er en viss fare for oversoning, må det kunne legges vekt på de spesielle fengslingsgrunnlag i den konkrete saken og graden av for eksempel unndragelsesfaren.

Jfr. HR- 2010-1759-U må retten i sin vurdering om det er forholdsmessig etter sakens art og forholdene ellers å varetektsfengsle siktede, jfr. straffeprosessloven § 170a også ta hensyn til hvilken type straff som kan forventes idømt, om siktede kan forvente en betinget eller ubetinget fengselsstraff, og i tillegg lengden av en ubetinget fengselsstraff.

3.2.4 Siktedes sosiale og personlige forhold

Retten skal i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a, ta hensyn til relevante opplysninger om siktedes sosiale og personlige forhold, se Bjerke og Keiserud *Straffeprosessloven kommentarutgave*.⁸

3.2.4.1 Alder

Siktedes alder kan være et relevant moment i vurderingen om det er et uforholdsmessig inngrep å varetektsfengsle siktede. Særlig overfor svært unge personer som er siktet i en sak, kan alder ha stor betydning. Dette fordi det kan være ekstra belastende for unge personer å bli berøvet sin frihet bl.a. pga. deres manglende livserfaring og umodne sinn som gjør dem ekstra sårbare. Det fremkommer av Rt-2004-1655 at ved spørsmålet om fengsling er et uforholdsmessig inngrep skal dette vurderes i lys av siktedes alder og om det er sannsynlig at det vil bli begjært fortsatt varetektsfengsling helt frem til hovedforhandling. I denne vurderingen inngår også om etterforskningen av saken har tatt lenger tid enn den lovfastsatte fristen på seks uker i straffeprosessloven § 249 annet ledd. Kjennelsen viser at siktedes unge alder er et av flere viktige momenter i en forholdsmessighetsvurdering, og at det må uttrykkelig fremgå av kjennelsesgrunnene at det er vurdert når omstendighetene i saken tilsier en slik vurdering. Kjennelsen viser også at det skal foretas en skjerpet forholdsmessighetsvurdering når det gjelder hensynet til siktedes unge alder i spørsmålet om varetektsfengsling vil være et

⁸ Bjerke, Hans Christian og Keiserud Erik. *Straffeprosessloven kommentarutgave. Bind 1 (2001) s. 636*

uforholdsmessig inngrep overfor siktede i saken etter sakens art og forholdene ellers. Straffeprosessloven § 174, § 170a, § 184 annet ledd, påtaleinstruksens § 9-2 og barnekonvensjonen artikkel 37 første ledd b gir også indikasjon på at en slik skjerpet forholdsmessighetsvurdering skal foretas overfor unge personer som er siktet i en sak.

Kort sagt, etter straffeprosessloven § 174 bør personer under 18 år ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd. Vilket “særlig påkrevd” i straffeprosessloven § 174 for å kunne pågripes indikerer at det må foreligge særlige sterke hensyn som tilsier at varetektsfengsling av personer under 18 år er nødvendig. Videre tilsier vilkåret “særlig påkrevd” at det må vurderes å anvende mindre inngripende tiltak ved pågrep og dermed også varetektsfengsling. Straffeprosessloven § 174 har derfor også karakter av en forholdsmessighetsvurdering slik som den i straffeprosessloven § 170a. Den skjerpede forholdsmessighetsbegrensningen kommer enda tydelige frem av påtaleinstruksens § 9-2 første punktum der det står at unge personer ikke bør pågripes eller varetektsfengsles. Etter påtaleinstruksens § 9-2 første punktum bør det i stedet for fengsling forsøkes andre tiltak for personer under 16 år, som for eksempel midlertidig plassering i egnet institusjon under barnevernet når det er adgang til det. “Bør ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd”, betyr ikke at personer under 18 år ikke kan fengsles. Retten plikter imidlertid som sagt særlig å vurdere alternativer til fengsling overfor svært unge personer, fordi fengsling overfor disse kan være ekstra belastende. Det hensynet er også nevnt av riksadvokaten i rundskriv nr. 1(76).⁹ Hensynet til en persons unge alder må også ses i sammenheng med straffeprosessloven § 46, om at ingen kan straffes for en handling foretatt før fylte 15 år. Denne bestemmelsen gir således også en indikasjon på at fengselsstraff overfor meget unge kan være svært belastende.

Høyesteretts rettspraksis har slått fast et skjerpet forholdsmessighetskrav i spørsmålet om å varetektsfengsle unge personer, samt klarlagt nærmere vektleggingen av momentet alder. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt-2004-1655 at: “Etter konvensjonens artikkel 37 bokstav b skal intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågrep, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte, og

⁹ Riksadvokaten i rundskriv nr. 1(76).

skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom.” Dessuten ivaretas formålet med Barnekonvensjonens artikkel 37 b. også av straffeprosessloven § 174, jf. § 184. Iht. straffeprosessloven § 174, jfr. § 184 annet ledd bør personer under 18 år ikke varetektsfengsles med mindre det er særlig påkrevd. Lovgivningen inneholder således ikke forbud mot varetektsfengsling av barn, men domstolene må vektlegge alder. Straffeprosessloven § 174 gir føringer på forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a slik at kravene til begrunnelse for fengslingen skjerpes. Høyesterett har også i Rt-1999-2080 lagt føringer for et skjerpet forholdsmessighetskrav i vurderingen om fengsling av personer under 18 år.

I Rt-2009-1025 uttalte Høyesteretts ankeutvalg at: “Etter barnekonvensjonen artikkel 37 b skal fengsling av barn « bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom ». I Rt-2004-1655 slås det fast at konvensjonsforpliktelsene er « ivaretatt gjennom [straffeprosessloven] § 174, jf. § 184 », som fastsetter at personer under 18 år ikke bør varetektsfengsles med mindre det er særlig påkrevd. I avgjørelsen heter det videre at § 174 gir « føringer for forholdsmessighetsvurderingen etter § 170 a slik at kravene til begrunnelse for fengslingen skjerpes ». Konvensjonen gjelder også som norsk lov, jf. menneskerettsloven 1999 § 2 nr. 4. Det følger av disse utgangspunktene at det for varetektsfengsling av barn kreves en skjerpet begrunnelse, at det - hvis fengsling er særlig påkrevd - må vurderes om det ikke bør settes en kortere frist enn fire uker, og at det under enhver omstendighet kreves en særlig begrunnelse når det er tale om å forlenge fristen utover normalregelen i § 185 første ledd andre punktum.” Denne kjennelsen viser at når det er spørsmål om å varetektsfengsle unge, mistenkte personer, må det alltid fremgå uttrykkelig av kjennelsesgrunnene at retten har begrunnet hvorfor det er grunn til å fravike fireukersregelen. Følgelig har derfor domstolen et særlig ansvar for å føre kontroll med at barn ikke utsettes for unødige eller unødvendige lang fengsling. I tillegg har domstolen også et særlig ansvar for å føre kontroll med at belastningen ved fengslingen kontinuerlig vurderes også i forhold til mindre inngripende tiltak. Dersom rettens kjennelsesgrunner ikke viser at mindre inngripende alternativer er særlig vurdert, kan det være en opphevelsesgrunn etter straffeprosesslovens § 343 annet ledd nr. 8 ved en eventuell ankebehandling av varetektkjennelsen.

Siktedes alder trenger ikke alltid være et avgjørende moment i forholdsmessighetsvurderingen. I Rt-1999-2080 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: “ Kjæremålsutvalget kan ikke se lagmannsretten ved vurderingen av om fortsatt varetekt vil innebære uforholdsmessig inngrep, har bygd på noen uriktig tolking av straffeprosessloven § 174 første og annet ledd. Det fremgår av lagmannsrettens kjennelse at spørsmålet om fortsatt fengsling vil representere et uforholdsmessig inngrep, er vurdert i lys av de skjerpede krav som § 174 annet ledd stiller til varetektsfengsling av personer under 18 år. De momenter lagmannsretten nevner, er relevante”. Denne kjennelsen belyser at selv om det dreier seg om varetektsfengsling av en ung person som ennå ikke var fylt 17 år, kan det være forholdsmessig ut fra den konkrete sakens spesielle forhold som bla. sakens alvor, mistankens styrke m.m. å holde vedkommende fortsatt varetektsfengslet. Disse momentene må imidlertid vurderes i lys av de skjerpede krav som straffeprosessloven § 174, jfr. § 170a annet ledd stiller til varetektsfengsling av personer under 18 år.

Svært høy alder kan også tenkes å være et av flere relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a når det gjelder spørsmålet om varetektsfengsling vil være et uforholdsmessig inngrep. Dette fordi det kan være både fysisk og psykisk mer belastende for meget gamle folk å bli varetektsfengslet enn for middelaldrene eller yngre voksne.

3.2.4.2 Siktedes helsesituasjon

Siktedes helse er også et av flere relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a. Det fremkommer av NOU 1980:28, side 57 og Ot. prp. nr. 53 (1983-84), side 32 at siktedes helsetilstand er et relevant moment ved vurderingen av om varetektsfengsling vil utgjøre et uforholdsmessig inngrep mot siktede. Hvis siktede har dårlig helse eller er syk, kan vedkommende i noen tilfeller få vansker med å håndtere en varetektsfengsling. I praksis kan siktede imidlertid ofte på en tilstrekkelig måte få den legehjelp han trenger for å håndtere sine helseplager også når han i fengslet. Derfor vil i mange tilfeller retten komme til at varetektsfengsling pga. dårlig fysisk helse ikke tilsier at fengsling er et uforholdsmessig inngrep overfor siktede. Den ekstra

påkjenning som varetektsfengsling tross alt innebærer kan imidlertid i noen tilfeller utløse eller forverre psykiske plager hos siktede. Særlig ved forlenget varetektsfengsling, kan siktedes psykiske plager bli forverret. Siktede kan ofte også få legehjelp for slike plager. Hensynet til siktedes helsesituasjon må imidlertid uansett vurderes grundig og avveies mot andre momenter i saken slik som sakens alvor, hvor sterk mistanken er mht. den straffbare handling og hvor sterkt fengslingsgrunnlag som foreligger etter straffeprosessloven § § 171-174, jfr. Bjerke, Hans Kristian, *Straffeprosessuelle tvangsmidler- og rettsmidler*.¹⁰

Rt-2002-46 viser at hvis siktede lider av en sykdom er det viktig å vurdere sykdommens alvorlighet og om siktede kan få den medisinske hjelpen han trenger i fengselet, og om alternative tiltak bør anvendes i stedet for varetektsfengsling. Denne kjennelsen viser også at momentet sykdom må veies opp i mot mistankens styrke, og sakens alvor.

Det vil i visse tilfeller kunne være urimelig å varetektsfengsle en siktet med dårlig helse over lengre tid, fordi det kan være i strid med EMK art. 5 nr. 3. Dårlig helse innebærer likevel ikke at nasjonale myndigheter har plikt til å løslate varetektsfengslingsinnsatte. Spørsmålet om siktede bør undergis frihetsberøvelse, bør i visse tilfeller imidlertid også vurderes i lys av EMK art. 3 om forbud mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.

Når det gjelder siktedes helsetilstand, er det av betydning for straffeprosessloven § 170a, at det skjer en konkret og kontinuerlig vurdering av siktedes helsetilstand. Denne plikten kan en utlede av straffeprosesslovens § 185 siste ledd og EMK art. 5 nr. 3 som pålegger retten å beslutte at siktede skal løslates, hvis retten finner at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet og at fortsatt fengsling ikke er rimelig. Dette er en indikasjon på at retten nettopp skal vurdere straffeprosessloven § 170a fortløpende.

I Rt-1998-511 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: "Paragraf 185 første ledd og hensynet til forpliktelsene etter EMK artikkel 5 nr 3 krever at det skjer en vurdering

¹⁰ Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessuelle tvang- og rettsmidler* (1986) s. 24

både av fengslingsgrunnlaget og av varetektsfengslings virkninger for tiltalte, særlig hans helsemessige tilstand, med visse mellomrom.” Videre fremgår det av kjennelsen at selv om både tiltalte og påtalemyndigheten kan ta opp spørsmål om løslatelse dersom forholdene endrer seg, bør domstolene også følge opp dette. Denne kjennelsen viser at straffeprosessloven § 185 første ledd sett i lys av EMK art. 5 nr. 3, ikke er til hinder for lang varetektstid dersom omstendighetene i saken rettferdiggjør det. Selv om det ved helt spesielle omstendigheter kan være at varetektsfengsling kan besluttes for en lang periode, kan retten imidlertid ikke legge til grunn en vid forståelse av rimeligheten av varetektidens lengde mht. sakens art, og forholdene ellers. Dersom en slik for vid lovtolkning legges til grunn når det gjelder forholdsmessigheten av varetektsfengsling etter sakens art og forholdene ellers, og da særlig mht. varetektidens lengde, er det en feil lovtolkning som kan føre til opphevelse av varetektfengslingskjennelsen, jfr. straffeprosessloven § 385 annet ledd, jfr. § 343 annet ledd nr. 8.

3.2.4.3 Arbeid, utdanning, familiesituasjon og økonomi

Hensynet til om siktede er i arbeid eller under utdanning er også et av flere relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a. Varetektsutvalget i NOU 1980:28 s. 57 og Ot. prp. nr. 53 (1983-1984), s. 32 viser til at varetektsopphold kan lett få konsekvenser for siktedes arbeid eller utdanning.

Hvis siktede over en lengre periode må holde seg borte fra sitt arbeid slik som ved forlenget varetektsfengsling, vil det ofte være fare for at siktede mister jobben. Driver siktede selvstendig næringsvirksomhet, vil et varetektsfengslingsopphold også kunne få store, negative konsekvenser for siktedes virksomhet. Dette fordi siktede kan være avhengig av å bevege seg fritt for å kunne holde sin virksomhet i gang. Dersom han har en lederstilling eller en annen nøkkelstilling i bedriften, kan de ansatte være avhengig av siktede for å få utbetalt sine lønninger. Bedriften kan også stå i fare for å miste kontrakter om bedriftslederen blir fengslet. Dette kan gjelde både nye og nåværende oppdrag. Ofte er det imidlertid slik at noen andre i bedriften kan ta over for bedriftslederen hvis han sitter varetektsfengslet for en kort periode. Bedriftens renommé kan likevel stå på spill, og bedriften kan miste omsetning hvis siktede sitter lenge i

varetekt eller det blir medieoppslag om fengslingen. Likevel vil negative konsekvenser for en siktet og hans nærmeste omgivelser måtte vurderes opp i mot hvor sterkt behovet for fengsling er etter straffeprosesslovens § 171 første ledd nr. 1-3, fengslingsgrunnlaget i straffeprosessloven § 172 om det foreligger sterk mistanke mot siktede, og hvor høy alvorlighetsgrad saken har etc. De negative konsekvenser varetektsfengsling kan få for siktede vil alltid måtte avveies mot viktigheten av hva som oppnås med varetektsfengslingen, sakens alvor og mistankens styrke.

Et annet relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosesslovens § 170a kan være hensynet til siktedes utdanningssituasjon. Varetektutvalget uttalte i NOU 1980:28 s. 57 at: “Det bør etter utvalgets mening være relevant å ta siktedes, helsetilstand, familieforhold og forsørgelsesbyrde i betraktning. Videre må det være riktig å se på om siktede ved fengslingen vil miste sitt arbeid, gå glipp av inntekter, utdanning osv.” Siktede kan for eksempel ved å sitte varetektsfengslet gå glipp av viktig undervisning og viktige eksamener. Dersom siktelsen er mindre alvorlig, kan siktedes utdanningssituasjon ha større vekt i forholdsmessighetsvurderingen enn hvis siktelsen er av en alvorlig karakter og mistanken mot siktede er sterk samt at det foreligger et sterkt fengslingsbehov, jfr. fengslingsgrunner i straffeprosessloven § § 171-174.

Den belastning varetektsfengsling kan være når siktedes nærmeste er alvorlig syke, er også et relevant moment i vurderingen om varetektsfengsling er et uforholdsmessig inngrep etter sakens art. Det at siktede for eksempel pga. fengselsopphold er borte fra hjemstedet og dermed avskåret fra å opprettholde kontakten med en mor som er livstruende syk, kan tale for at det er et uforholdsmessig inngrep overfor siktede og siktedes nærmeste at siktede varetektsfengsles, jfr. Rt-1986-1406. For å oppsummere viser dette at retten har en plikt til, hvis omstendighetene i saken tilsier det, å vurdere hvilke negative konsekvenser det vil få for både siktede og hans nærmeste at siktede varetektsfengsles. Hensynet til spesielle forhold kan tilsi at de negative konsekvenser varetektsfengsling vil få for siktede og siktedes nærmeste kan være så graverende at det vil være forholdsmessig å løslate siktede og i stedet anvende fengslingssurrogater overfor siktede.

Omsorgen for et barn er et viktig moment som retten plikter å ta hensyn til i sin forholdsmessighetsvurdering mht. varetektsfengslingsspørsmålet. Hensynet til siktede

og barnet må vurderes opp i mot sakens alvorlighetsgrad, mistankens styrke etc., og det må foretas en tilstrekkelig avveining av konsekvensene ved spørsmålet om varetektsfengsling. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom i Rt-1991-1496 frem til at flere omstendigheter i saken ga foranledning til en særlig grundig vurdering av forholdsmessigheten. Det var påberopt spesielle omstendigheter i tilknytning til omsorgen for et barn, samt at det dreide seg om en meget lang fengslingstid. Henvisning til sakens alvorlige karakter var imidlertid et tungtveiende hensyn og man måtte foreta en nøye avveining av omstendighetene i saken.

Ovennevnte eksempler viser at hensynet til de negative konsekvenser varetektsfengsling kan få for siktede og hans nærmeste er et av flere momenter som er viktige å trekke inn i vurderingen av “sakens art og forholdene ellers”.

3.2.4.4 Fengslingsforhold

Det kan også være et moment i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a at siktede ikke er blitt overført til et vanlig fengsel, jfr. overføringsregelen i forskrift om bruk av politiarrest § 3-1. Dette til tross for at det hverken er noen lovbestemmelser, forarbeider, eller Høyesteretts praksis om dette. Det er imidlertid forskrifter og reelle hensyn som tilsier at fengslingsforhold kan være et av flere momenter som bør inngå i forholdsmessighetsvurderingen dersom situasjonen tilsier dette. Dette fordi opphold på varetektscelle eller glattcelle er mindre humant enn i et vanlig fengsel. Riksadvokaten har også gitt retningslinjer om at varetektsfengsling i glattcelle bør unngås, jfr. retningslinjer fra Riksadvokaten rundskriv RA-2006-4.

Etter forskrift om bruk av politiarrest skal den innsatte overføres til et vanlig fengsel innen to døgn etter pågripelsen, med mindre dette av praktiske grunner ikke er mulig. Dersom overføring skjer senere, skal begrunnelsen nedtegnes i arrestjournalen, jfr. forskrift om bruk av politiarrest § 3-1 om overføring til fengsel. Denne bestemmelsen innebærer imidlertid at pågrepne personer kan sitte lenger i varetektscelle hvis det ikke er ledige fengselsplasser eller de plassene som er ledig ligger langt unna geografisk. Hvis politiet imidlertid ikke gjør nok for å finne ledige plasser eller ikke benytter seg av

ledige fengselsplasser i området, er det brudd på forskriftene, og bør derfor være et moment som kan tale for løslatelse av siktede. Her må imidlertid igjen sakens alvor, mistankens styrke, og fengslingsgrunnlaget som er påberopt være av betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

Norge er gjentatte ganger blitt kritisert for bruken av politiarrest av de ulike overvåkningsorganene i menneskerettighetssystemene. Både Europarådets torturovervåkingskomité CPT og FNs antitorturkomité UN-CAT har kommet med kritikk og bekymringsmeldinger, senest i 2006 (CPT) og 2008 (UN-CAT). CPT uttalte i sin rapport den 11.4.2006 at: "It [CPT] must nonetheless emphasize that the objective should be put to an end, except in exceptional circumstances, to the practice of accommodating remand prisoners in police establishments".

Dernest har FNs arbeidsgruppe mot vilkårlig frihetsberøvelse også uttrykt bekymring for den utstrakte bruk av isolasjon i varetekt her i landet. Bruk av politiarrest under varetekt innebærer ofte en unødig isolasjon. Kritikk har også blitt rettet mot manglende offentlig statistikkføring i forhold til håndhevingen av 48-timersregelen, jfr. UN-CATs rapport av 5.2.2008 pkt. 8.

Hvis siktede sitter lenger på politicelle eller glattcelle enn 48 timer bør det være et moment i forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosesslovens § 170a. Dette må også avveies mot mistankens styrke, sakens alvor og fengslingsgrunnlaget behov. Forskrift om bruk av politiarrest sier heller ikke noe om at mistenkte skal løslates hvis det av praktiske grunner ikke er mulig å overføre den mistenkte over til en vanlig fengselsplass innen to døgn etter pågripelsen. Lovens ordning er imidlertid ikke slik at for sen fremstilling medfører at adgangen til fengsling bortfaller. Det dreier seg ikke om en absolutt prosessuell frist. Det er i samsvar med gjeldende rett at feil begått på et tidligere stadium i saken ikke hindrer at saken fremmes på nytt for retten senere.

3.3 Rettens saksbehandlingsregler

Straffeprosesslovens § 184 annet ledd fjerde punktum krever at det skal fremgå av kjennelsen at fengslingen ikke er et uforholdsmessig inngrep. Dette skal sikre at det skjer en helhetlig og overordnet kontroll i fengslingssaker. Det fremgår av forarbeidene i Ot. prp. nr. 81 (1999-2000) s. 45 til lovendringen i 2001 at retten må begrunne både hvorfor fengsling ikke antas å være et uforholdsmessig inngrep og hvorfor det anses for å være nødvendig og hensiktsmessig.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt-1998-1081 at: “Utvalget bemerker at det normalt ikke kan kreves mer enn at kjennelsesgrunnene viser at spørsmålet om fengsling vil være et uforholdsmessig inngrep, har vært vurdert. Situasjonen kan imidlertid være slik at retten må begrunne nærmere hvorfor fortsatt fengsling ikke vil være et uforholdsmessig inngrep, jf eksempelvis Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 12 juni 1998 i sak lnr 318/1998, jnr 329/1998 (HR-1998-318-S). Det fremgår at lagmannsretten har vurdert forholdsmessigheten etter § 174, og at retten herunder har trukket inn sakens alvor og faren for oversoning. Utvalget finner lagmannsrettens begrunnelse i dette tilfelle tilstrekkelig til å prøve om kjennelsen bygger på en riktig tolking av § 174. Utvalget kan ikke se at retten har feiltolket § 174. Lagmannsrettens konkrete anvendelse av bestemmelsen kan ikke etterprøves i et videre kjæremål.” Denne kjennelsen viser bl.a. at kravet til begrunnelse for at inngrepet ikke er uforholdsmessig blir strengere desto lengre tid fengslingen har vart. Høyesteretts kjæremålsutvalg har imidlertid slått fast i Rt-2001-979 og Rt-2003-67 at etter omstendighetene kan lagmannsretten nøye seg med å vise til den gang forhørsretten (i dag blir det tingrettens) begrunnelse når den er enig i den. Nye anførsler og endrede forhold i saken må imidlertid drøftes særskilt.

4 Forholdet til EMK art. 5 nr. 3

Jeg vil i min drøftelse av straffeprosessloven § 170a sitt forhold til EMK art. 5 nr. 3 kun vurdere siktedes “rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen”. Jeg foretar denne avgrensningen, fordi det er dette som har mest relevans for forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a. Det er også dette Høyesteretts praksis knytter seg til. Det viktige i EMK art. 5 nr. 3 er at det fremgår eksplisitt av bestemmelsen at den pågrepne eller frihetsberøvede har rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen.

I Rt-1993-112 fremheves det tre momenter ved vurderingen i forhold til EMK art. 5 nr. 3. Det som skal vurderes er tidsforløpet, behovet for fortsatt fengsling og årsaken til at varetektsfengslingsperioden eventuelt er blitt lang. Det er disse momentene min drøftelse i dette kapittelet av EMK art. 5 nr. 3 forhold til straffeprosessloven § 170a vil dreie seg om.

Wemhoffdommen punkt 16 og 17 har avklart innholdet i rimelighetskravet som en kan utlede av EMK art. 5 nr. 3 når det gjelder at den pågrepne eller frihetsberøvede har rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen.¹¹ I Wemhoffdommen ble det fastslått at det skal foretas en totalvurdering når det gjelder spørsmålet om varetektsfengsling er rimelig. Videre fremgår det av dommen at det skal særlig legges vekt på styrken i de anførte fengslingsgrunnene, fremdriften i saksbehandlingen, årsakene til eventuelle forsinkelser, varetektstiden i seg selv og mistenktes personlige forhold. Det en videre kan utlede av Wemhoffdommen er at den nasjonale domstol må foreta en sammensatt vurdering av hensynene som taler for og mot at fengslingen blir forlenget.

¹¹ Wemhoff mot Tyskland, A 7, 27. juni 1968

4.1 Kort om innholdet i EMK art. 5 nr. 3

EMK art. 5 nr. 3 lyder slik: "Enhver som blir pågrepet eller berøvet friheten i samsvar med bestemmelsene i avsnitt 1.c i denne artikkel, skal straks bli stilt for en dommer eller annen embetsmann som ved lov er bemyndiget til å utøve domsmyndighet, og skal ha rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller til løslatelse under saksforberedelsen. Løslatelse kan gjøres betinget av sikkerhet for frammøte ved hovedforhandling." EMK art. 5 nr. 3 må slik bestemmelsen sier ses i sammenheng med EMK art. 5 nr. 1 c.

Etter EMK art. 5 nr. 1 c har enhver har rett til personlig frihet og sikkerhet. Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov: c. lovlig pågripelse eller frihetsberøvelse av en person for å stille ham for den kompetente rettslige myndighet på grunn av rimelig mistanke om at han har begått en straffbar handling, eller når det er rimelig grunn til å anse dette nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling eller i å flykte etter å ha gjort det. Hva som er lovlig pågripelse fremgår således nærmere av EMK art. 5 nr. 1 b, d og e og f og er nærmere foreskrevet i nasjonal lovgivning. Annet punktum i art. 5 nr. 3 bestemmer at løslatelse imidlertid kan gjøres betinget av sikkerhet for frammøte ved hovedforhandling.

Det en kan utlede av EMK art. 5 nr. 3 som særlig er relevant i forhold til straffeprosessloven § 170a er at den frihetsberøvede skal ha krav på hovedforhandling innen rimelig tid ("within reasonable time"), jfr. EMK art. 5 nr. 3. Dette betyr at den frihetsberøvede har rett på at saken skal tas opp til hovedforhandling innen rimelig tid, og hvis han ikke får dette, skal han løslates. Uttrykket "rimelig tid" indikerer imidlertid at retten må foreta en skjønnsmessig vurdering og vurderingen av "rimelig tid" er sammensatt.

Det er ifølge Høyesterett viktig at norsk rettspraksis følger opp den sammensatte vurdering som kreves etter konvensjonen, jfr. Rt-1993-112. I denne kjennelsen var det ikke i strid med art. 5 nr. 3 at varetektsfengslingen hadde vart i 9 måneder. Likevel ble

lagmannsrettens avgjørelse opphevet fordi det ikke fremgikk av kjennelsesgrunnene at de relevante kriterier etter EMK art 5 nr. 3 om rett til hovedforhandling “innen rimelig tid” eller “løslatelse under saksforberedelsen” var vurdert. Selv om vurderingstemaene etter straffeprosessloven og EMK art. 5 nr. 3 stort sett er sammenfallende, har konvensjonens rammer betydning for praktiseringen av de norske reglene, se Møse, Erik, *Menneskerettigheter*.¹²

Etter EMK art. 5 nr. 3 siste punktum skal løslatelse gjøres betinget av sikkerhet for frammøte ved hovedforhandling. Dette innebærer at domstolen i forbindelse med løslatelse kan kreve garantier for at siktede vil møte til straffesaken. I Wemhoffdommen ble det fastslått at hvis det eneste grunnlag for fortsatt frihetsberøvelse er fluktfare, skal løslatelse skje hvis siktede kan garantere for frammøte ved hovedforhandling (pkt. 15, 1. avsnitt). En mulighet for slik garanti kan være kausjon. En annen mulighet er passbeslag, se Stôgmüllerdommen (pkt. 15, 3. avsnitt).

4.2 Forskjellen mellom EMK art. 5 nr. 3 og straffeprosessloven § 170a

Det fremgår eksplisitt av EMK art. 5 nr. 3 at den pågrepne eller den frihetsberøvede skal ha rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller til løslatelse under saksforberedelsen. Denne retten følger ikke eksplisitt av verken straffeprosesslovens § 170a, § 184, § 275 eller andre bestemmelser i straffeprosessloven. Straffeprosessloven § 170a legger stor vekt på om det er grunn til og forholdsmessig etter sakens art og forholdene ellers å varetektsfengsle siktede uten at vekt på lengden av varetektsfengslingen fremgår uttrykkelig av bestemmelsen. Likevel følger det indirekte av straffeprosessloven § 170a at varetektidens lengde skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen av uttrykket ”forholdene ellers”. EMK art. 5 nr. 3 legger stor vekt på vern mot langvarig fengsling, slik at det er særlig ved forlenget varetektsfengsling at EMK art. 5 nr. 3 om varetektidens lengde er et fremtredende moment til forskjell fra straffeprosessloven § 170a.

¹² Møse, Erik. *Menneskerettigheter* (2002) s. 274

Norsk straffeprosesslov har også en bestemmelse om at hovedforhandling skal avholdes så snart som mulig, jfr. straffeprosessloven § 275 annet ledd. Etter straffeprosesslovens § 275 annet ledd b) skal, om ikke særlige forhold er til hinder, hovedforhandling være påbegynt innen 6 uker etter at saken kom inn til tingretten dersom den siktede er varetektsfengslet når saken berammes. Denne bestemmelsen har heller ikke et ytterligere vern mot langvarig fengsling slik som EMK art. 5 nr. 3 inneholder, og heller ikke krav på løslatelse hvis hovedforhandling ikke blir berammet innen rimelig tid. En som er siktet for et alvorlig straffbart forhold har derfor et svakere vern mot langvarig fengsling etter straffeprosessloven § 170a enn etter EMK art. 5 nr.3 første punktum, se Jebens, Sverre Erik, *Menneskerettigheter i straffeprosessen*.¹³ Rimelighetsstandarden i art. 5 nr. 3 bør være avgjørende ved fortsatt fengsling, slik at vilkårene for varetektsfengsling skjerpes med tiden, se Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter*.¹⁴

Etter straffeprosessloven § 187a skal den som er fengslet løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen for varetektsfengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut. Denne bestemmelsen sier likevel ikke noe eksplisitt om rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen. Videre indikerer straffeprosessloven § 185 femte ledd at retten har en plikt til å påse at etterforskningen fremmes med tilstrekkelig hurtighet og at fortsatt varetekt er rimelig. Hvis dette ikke er tilfelle skal retten løslate siktede. Disse ovennevnte straffeprosessuelle bestemmelsene må sees i sammenheng med EMK art. 5 nr. 3, fordi de omhandler indirekte varetektidens lengde og dermed relevant i vurderingen av EMK art. 5 nr. 3 og straffeprosessloven § 170a.

I Rt-2002-842 ble en fengslingskjennelse opphevet, fordi den bare bygget på straffeprosessloven § 170a uten å trekke inn EMK art. 5 nr. 3. Videre i denne kjennelsen kan en fra Høyesterett sine uttalelser utlede konvensjonskravets selvstendige betydning. Dette fordi lagmannsretten hadde anvendt straffeprosessloven § 170a uten å ha trukket inn EMK art. 5 nr. 3, noe som var en feil. Høyesteretts kjæremålsutvalg

¹³ Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen* (2004) s. 226

¹⁴ Aall, Jørgen. *Rettsstat og Menneskerettigheter* (2. utgave 2007 Bergen) s. 287

opphevet derfor lagmannsrettens kjennelse pga. saksbehandlingsfeil etter straffeprosessloven § 343 første ledd, jfr. annet ledd nr. 8 og jfr. § 388 nr. 2.

4.3 Rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen

Momenter som må vurderes mht. om varetektstidens lengde er en “rimelig tid”, er sakens kompleksitet, etterforskningsfremdrift fra påtalemyndighetens side, fremdrift fra rettens side, siktedes samarbeidsvilje og samarbeidsevne, sakens alvorlighet, mistankens styrke m.m. EMK art. 5 nr. 3 forutsetter en sammensatt vurdering, hvor årsaken til at pådømmelsen trekker ut i tid er ett moment, men hvor det også må tas hensyn til hvor sterkt behovet er for fortsatt varetekt. Selve fengslingen må derfor ikke vare utover rimelig tid, se Møse, Erik, *Menneskerettigheter*.¹⁵ Hva som anses som rimelig tid beror på omstendighetene i den enkelte sak.

Årsaken til at siktede sitter lang tid i varetekt er sentralt i vurderingen av om kravet den siktede har på hovedforhandling innen rimelig tid er oppfylt, eller om han skal løslates under saksforberedelsen. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i Rt-1997-1394 at: “For så vidt gjelder EMK artikkel 5 nr 3, vil avgjørelsen bygge på en sammensatt vurdering, hvor årsaken til at pådømmelsen trekker ut er et moment, men hvor det også må tas hensyn til hvor sterkt behovet er for fortsatt varetektsfengsling.

I Rt-1993-112 fremkommer det at den faktiske varetektstiden bare er ett av flere momenter i den samlede vurderingen som skal foretas etter EMK art. 5 nr. 3. Dernest fremgår det av Rt-1994-634 at konvensjonsuttrykket ”rett på hovedforhandling innen rimelig tid” etter EMK art. 5 nr. 3 ikke kunne bli bedømt abstrakt, men at rimeligheten av en persons fortsatte fengsling måtte bedømmes konkret i hver sak ifølge dens særlige forhold, samt at EMK art. 5 nr. 3 ikke oppstiller noen lengste frist for varetektsfengsling. For øvrig viser Høyesteretts kjæremålsutvalg til W. mot Sveits dommen A 254, 26. januar 1993. EMD uttalte i dommen pkt. 30 første avsnitt at: “The

¹⁵ Møse, Erik. *Menneskerettigheter* (2002), Oslo s. 267

Commission's opinion was based on the idea that Article 5 para. 3 (art. 5-3) implies a maximum length of pre-trial detention. The Court cannot subscribe to this opinion, which moreover finds no support in its case-law. That case-law in fact states that the reasonable time cannot be assessed in abstracto (see, mutatis mutandis, the *Stögmüller v. Austria* judgment of 10 November 1969, Series A no. 9, p. 40, para. 4). As the Court has already found in the *Wemhoff v. Germany* judgment of 27 June 1968, the reasonableness of an accused person's continued detention must be assessed in each case according to its special features (Series A no. 7, p. 24, para. 10).” Denne dommen viser dermed at det er opp til de nasjonale myndigheter å vurdere alle omstendigheter som taler for og mot rimeligheten av frihetsberøvelsen i forbindelse med varetekten og kravet om at den frihetsberøvede skal ha rett på hovedforhandling innen rimelig tid. Hver sak må vurderes konkret og ikke på abstrakt grunnlag. Konklusjonen blir så at retten har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen, herunder for forholdet til våre folkerettslige forpliktelser, samt at EMK art. 5 nr. 3 krever en relativt sammensatt vurdering, jfr. Rt-1998-1076.

4.3.1 Varetektstidens lengde

I Rt-2000-1111 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: “Høyesteretts kjæremålsutvalg har i kjennelse i Rt-1993-112 uttalt at spørsmålet om tiltalte etter EMK art 5 nr. 3 har krav på å bli løslatt fordi hovedforhandling ikke kan avholdes innen rimelig tid, må avgjøres på grunnlag av en sammensatt vurdering, hvor det ikke bare tas hensyn til tidsforløpets lengde, men blant annet også årsakene til at det trekker ut med pådømmelsen, og hvor sterkt behovet for fengsling gjør seg gjeldende.” Ut fra lagmannsrettens vurdering av behovet for fortsatt fengsling, antar utvalget at avgjørelsen heller ikke bygger på uriktig forståelse av konvensjonen.” Sentrale momenter i den sammensatte vurderingen som Høyesterett kjæremålsutvalg viser til er bl.a. følgende: Sakens kompleksitet, salens alvor, fortsatt fengslingsgrunnlag og mistankens styrke, fremdriften av saken, fare for oversoning og tidsperspektivet i varetektstidens lengde.

4.3.1.1 Sakens kompleksitet

I W. mot Sveits, A 254, 26. januar 1993 pkt. 42-43 fastslo EMD at sakens kompleksitet er et viktig moment i vurderingen av spørsmålet om varetektstiden er rimelig. I denne dommen fremgikk det at retten hadde aktivt søkt å påskynde etterforskningen. Retten konstaterte at det var ingen periode hvor etterforskere ikke hadde handlet tilstrekkelig raskt. Hovedgrunnen til den lange varetektstiden var den uvanlige og kompliserte, økonomiske, straffesaken og spesielle forhold forbundet med klageren. Derfor kom EMD frem til at det ikke forelå noen krenkelse av EMK art. 5 nr. 3.

4.3.1.2 Sakens alvor

I Rt-2000-1109 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: “Etter EMK artikkel 5 nr. 3 har enhver som blir pågrepet, blant annet “ rett til hovedforhandling innen rimelig tid eller til løslatelse under saksforberedelsen “. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom likevel frem til at den varetektstid som tiltalte ville få ved varetekt frem til hovedforhandling, må godtas i en så alvorlig straffesak som tiltalen gjaldt. Kjennelsen viser tydelig at sakens alvor er et viktig moment i vurdering av rimeligheten av varetektidens lengde etter EMK art. 5 nr. 3.

4.3.1.3 Fortsatt fengslingsgrunnlag og mistankens styrke

Når siktede har sittet en viss tid i varetekt (“after a certain lapse of time”) må domstolen ifølge EMK art. 5 nr. 3 vurdere om det er tilstrekkelig grunn til å holde siktede i fortsatt varetekt. Domstolen må da vurdere om de grunner som ble anført i tidligere varetektsfengslingskjennelser overfor siktede i saken fortsatt kan gjøre seg gjeldende. Rimelig mistanke må derfor være oppfylt for hele fengslingsperioden og ikke bare for en del av fengslingsperioden, jfr. Stôgmûller-dommen, Stôgmûller mot Østerrike, A 9, 10. november 1969, punkt 4, avsnitt 2. I tillegg må fluktfaren som vanligvis blir mindre desto lenger tid fengslingen har vart vurderes fortløpende, jfr. Wemhoff-dommen, Wemhoff mot Tyskland, A 7, 27. juni 1968, pkt.14, avsnitt 2.

4.3.1.4 Fremdriften av saken

At påtalemyndigheten har et ansvar for fremdriften i fengslingsaker har også betydning ved forholdsmessighetsvurderingen i forhold til EMK art. 5 nr. 3. Høyesteretts kjæremålsutvalg fastslo i Rt-1993-1064 at påtalemyndigheten hadde et viktig ansvar for fremdriften i saken, og at påtalemyndigheten måtte i det aktuelle tilfellet ha sørget for å bringe saken frem til hovedforhandling på tidligere tidspunkt. Forsinkelsen i sakens fremdrift pga. sendrektighet fra påtalemyndighetens side førte til løslatelse av siktede. Det en kan utlede av denne kjennelsen er at alvoret i siktelsen ikke alltid veier tyngre enn betydelige forsinkelser i sakens fremdrift når påtalemyndigheten selv kan klandres for forsinkelsene.

I Rt-1994-1494 ble en samlet varetektstid på to år og fire måneder ansett for å være forenlig med EMK art. 5 nr. 3. Dette fordi den lange varetektstiden i hovedsak skyldtes forsvarerens sykdom. Tiltale var orientert om konsekvensene mht. utsettelse, men ønsket likevel ikke å bytte forsvarer. Det en kan utlede av denne kjennelsen er at siktede pga. sitt frie forsvarervalg selv må bære risikoen for lang saksgang dersom han ikke ønsker å bytte forsvarer i slike situasjoner. Tilsvarende gjelder forsinkelser i saksgangen som fører til forlenget varetekt, men da på grunn av at siktede ønsket forsvarerbytte, har Høyesteretts kjæremålsutvalg vist til i Rt-1996-1366 og Rt-1993-224.

4.3.1.5 Fare for oversoning

Det er i utgangspunktet fare for oversoning hvis varetektstiden samlet sett vil bli lenger enn den straff siktede kan forventes idømt i forhold til siktelsen eller eventuelt forventet tiltale mot han. En del langvarige varetektsfengslinger skyldes imidlertid at sakene gjelder kompliserte og alvorlige forhold som krever omfattende etterforskning, eller forsinkelser som kan tilskrives den siktede selv eller hans forsvarer. I slike tilfeller vil ofte fare for oversoning ikke være et avgjørende moment i vurderingen av den pågrepnes eller frihetsberøvedes rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen.

I Rt-2001-1319 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at: “ Det at varetektiden kan overstige forventet straff, er ikke til hinder for bruk av varetektsfengsel, og selv om det er en viss fare for oversoning, må kunne legges vekt på unndragelsesfare”. Denne kjennelsen viser at fare for oversoning er bare et av flere momenter som skal vurderes etter EMK art. 5 nr. 3 og gir ingen automatisk rett til løslatelse. Tilsvarende kommer også til uttrykk i Rt-1999-131 og Rt-1999-1042.

Årsaken til at fare for oversoning bare er et av flere momenter som må vurderes etter EMK art. 5 nr. 3 og ikke kan tillegges noen avgjørende vekt kan også være at saken er i et tidlig etterforskningsstadium. Utviklingen av saken kan føre til at påtalemyndigheten på et senere tidspunkt tar ut strengere tiltaleposter for mistanke om mer alvorlige lovbrudd enn tidligere i samme sak, slik at den straff siktede kan risikere å få kan bli lenger og likevel ikke føre til fare for oversoning.

4.3.1.6 Tidsperspektivet i varetektstidens lengde

Etter EMK art 5 nr. 3 kan en utlede at tidsrommet for varetektsfengsling skal vurderes ut i fra at den pågrepne eller frihetsberøvede har rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen. Med tidsperspektivet menes det tidsrom retten skal ta i betraktning når den skal avgjøre en fengslingsbegjæring. Det følger av fast praksis at forholdsmessighetsvurderingen av varetektsfengsling etter straffeprosessloven § 170a skal vurderes frem til det tidspunkt hovedforhandling vil finne sted eller sannsynlig vil finne sted, jfr. Rt-2010-1520. Høyesteretts ankeutvalg uttalte i Rt-2010-1520 at: “ Det følger av fast praksis at når det ut fra begrunnelsen for fengslingen synes åpenbart at fengslingen vil bli begjært forlenget frem til hovedforhandling, må vurderingen av forholdsmessigheten foretas i dette perspektivet, jf. blant annet Rt-2008-1035 og Rt-2010-717 avsnitt 11.” Dette innebærer at dersom retten ikke vurderer tidsperspektivet i sin forholdsmessighetsvurdering i straffeprosessloven § 170a, må varetektsfengslingskjennelsen oppheves etter straffeprosessloven § 343 annet ledd nr. 8. Kort sagt, ovennevnte kjennelser viser at retten har en plikt til å vurdere forholdsmessigheten av varetektsfengsling i lys av

tidsperspektivet og det må fremgå av rettens kjennelsesgrunner at retten har foretatt en slik vurdering.

5 Avslutning

Innledningsvis i oppgaven har jeg ønsket å redegjøre for vilkårene for varetektsfengsling etter straffeprosessloven § § 171-174. Dette som bakgrunn for hovedsaken i min oppgave som har vært å drøfte tolkningen og problemstillinger når det gjelder forholdsmessighetsbegrensningen i straffeprosessloven § 170a og det sentrale forholdet til EMK art. 5 nr. 3 i forbindelse med varetektsfengsling. Jeg har forsøkt å vise at påtalemyndigheten og retten i sin forholdsmessighetsvurdering av om mistenkte kan varetektsfengsles må vurdere en rekke momenter. Videre skal retten foreta en avveining av disse momentene før den avgjør om det foreligger grunn til å varetektsfengsle mistenkte. Høyesteretts kjæremåls- og ankeutvalg har tatt stilling til mange ulike tolkninger og problemstillinger i forbindelse med straffeprosessloven § 170a, § § 171-174 og EMK art. 5 nr. 3. Der Høyesterett ikke har tatt stilling til dette, er forarbeidene og juridisk litteratur på området analysert for å finne svar på hvordan straffeprosessloven § 170a skal forstås og anvendes.

Jeg har videre forsøkt å vise viktigheten av forholdsmessighetsbegrensningen, i straffeprosesslovens § 170a, fordi den begrenser adgangen til å anvende varetektsfengsling overfor mistenkte. Påtalemyndigheten og retten plikter i forholdsmessigvurderingen å foreta en avveining mellom de negative konsekvenser varetektsfengsling vil få for siktede og siktedes nærmeste og etterforskningshensyn, hensynet til straffeforfølgning og hensynet til å verne samfunnet mot fare for at siktede på nytt vil begå straffbare handlinger.

Jeg har også forsøkt å vise at EMK art. 5 nr. 3 har en sentral betydning i forholdsmessighetsvurderingen i straffeprosessloven § 170a når det gjelder vurderingen av varetektstidens lengde.

Vedrørende tidsperspektivet som inngår i varetektidens lengde om “Rett på hovedforhandling innen rimelig tid eller løslatelse under saksforberedelsen” i EMK art. 5 nr. 3, følger det av fast praksis at dette skal vurderes inn i straffeprosesslovens § 170a. Dette innebærer at siktedes rettigheter støttes av EMK art. 5 nr. 3. Videre er det en forutsetning at retten må foreta denne vurderingen skjønnsmessig i hver konkrete sak.

6 Litteraturliste

6.1 Lovgivning og konvensjoner

Almindelig Borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai Nr. 10. 1902

Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai Nr. 25. 1981

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai Nr. 30. 1999

Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller, Roma, 4. november 1950

FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

Straffegjennomføringsloven av 18. mai Nr. 21. 2001

6.2 Forarbeider

NOU 1980:28 Varetekstfengslingsutvalget

Ot.prp.nr. 53 (1983-84)

Inst. O. nr. 72 (1984-85)

Ot.prp. nr. 66 (2001-2002)

Ot.prp.nr. 64 (1998-1999)

Ot.prp.nr. 81 (1999-2000)

6.3 Kjennelser avsagt av Høyesteretts kjæremåls- og ankeutvalg (hentet fra lovdata)

Rt-1999-2080

Rt-1983-682

Rt-1983-868

Rt-1993-1302

Rt-2001-977

Rt-1996-1034

Rt-2003-1016

Rt-2002-1589

Rt-2004-887

Rt-2006-582

Rt-1994-276

Rt-2006-1398

Rt-1998-1212

Rt-2000-1319

Rt-1997-2032

Rt-2001-972

Rt-2004-1826

Rt-1999-2106

Rt-1998-1292

Rt-1989-374

Rt-2001-760

Rt-1998-1292

Rt-2000-1938

Rt-2004-88

Rt-1997-2032
Rt-1998-1292
Rt-1989-374
Rt-2000-1938
Rt-1999-790
Rt-1999-698
Rt-2002-233
Rt-2006-441
Rt-2006-233
Rt-1995-160
Rt-2009-1348
Rt-1996-1089
Rt-2008-378
Rt-2000-343
Rt-2003-50
Rt-1995-729
Rt-1996-1316
Rt-1992-1524
Rt-1999-2020
Rt-2010-502
Rt-2009-1613
Rt-1997-98
Rt-2000-1435
Rt-1999-1801
Rt-1999-473
Rt-1998-1068
Rt-1997-928
Rt-1994-648
Rt-1996-439
Rt-1999-297
Rt-2004-106
Rt-1994-1671
Rt-2008-276

Rt-2002-842
Rt-1996-1352
Rt-2000-1717
Rt-2000-1109
Rt-2009-1613
HR-2001-1077
HR-2011-367-U
Rt-2000-1713
Rt-2000-108
Rt-1993-759
Rt-1998-474
Rt-2001-1319
Rt-1995-1786
Rt-1996-461
Rt-1998-63
Rt-1998-1616
Rt-2000-705
Rt-2004-1655
Rt-1999-2080
Rt-2009-1025
Rt-2004-1655
Rt-1999-2080
Rt-2002-46
Rt-1998-511
Rt-1986-1406
Rt-1991-1496
Rt-1998-1081
Rt-2001-979
Rt-2003-67
Rt-1993-112
Rt-2002-842
Rt-1994-634
Rt-1997-1394

Rt-1998-1076
Rt-2000-1111
Rt-2000-1109
Rt-1993-1064
Rt-1994-1494
Rt-1996-1366
Rt-1993-224
Rt-1997-1238
Rt-2001-1319
Rt-1999-131
Rt-1999-1042
Rt-2010-1520
Rt-2008-1035
Rt-2010-717

6.4 Dommer avsagt av den europeiske menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg. (Hentet fra Hudoc)

Wemhoff mot Tyskland, A 7, 27. juni 1968

Stôgmûller mot Østerrike, A 9, 10. november 1969

W. mot. Sveits, A 254, 26. januar 1993

6.5 Juridisk litteratur

Bjerke, Hans Christian *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler*. 2. utg. Oslo, 1986

Bjerke, Hans Christian og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven med kommentarer*. Bind I. 2. utg. Oslo, 1996

Bjerke, Hans Christian og Keiserud, Erik. *Straffeprosessloven kommentarutgave*. Bind I. 3. utg. Oslo, 2001

Andenæs, Johs *Norsk straffeprosess samlet ved Tor-Geir Myhrer*. 4. utg. Oslo, 2009

Jebens, Sverre Erik. *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, 2007

Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. Bergen, 2010

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Bjerke, Hans Christian *Tvangs- og rettsmidlene i straffeprosessen*. Oslo, 1981

6.6 Nettdokumenter

Riksadvokaten rundskriv nr. 1 (76)

Retningslinjer fra Riksadvokaten rundskriv RA-2006-4

Europarådets torturkomite (CPT) i Norge 2006, rapport fra 2006-04-06.

<http://www..kriminalomsorgen.notorturovervaakingskomiteens-endelige-rapport.318006-52027.html>.

Se <http://www.ub.uio.no/skrive-referere/hvordan-referere/>

1 Lister over tabeller og figurer m v

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>